

Peter Homburg

**SCHADENSERSATZ BEI BEEINTRÄCHTIGUNG
SITTENWIDRIGER GESCHÄFTE
UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DES ENTGANGENEN GEWINNS
AUS RECHTSWIDRIGEM VERHALTEN**

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555408_0019

SCHADENSERSATZ BEI BEEINTRÄCHTIGUNG SITTENWIDRIGER
GESCHÄFTE UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DES ENTGANGENEN
GEWINNS AUS RECHTSWIDRIGEM VERHALTEN

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
Peter Homburg
aus Ptuj/Jugoslawien
1979



Erster Berichterstatter: Professor Dr. Kollhossner
Zweiter Berichterstatter: Professor Dr. Kupisch
Dekan: Professor Dr. Bernert
Tag der mündlichen Prüfung: 29.10.1979

INHALTSVERZEICHNIS

	<u>Seite</u>
Abkürzungsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis	VII
A. Einleitung	1
B. Hauptteil	11
I. Schaden im Sinne der §§ 249 ff. BGB in den Fällen des entgangenen Gewinns aus sitten- widrigen Geschäften	11
1. Konzeption des BGB	12
2. Änderung der Vermögenslage zum Nachteil des Betroffenen als Charakteristikum des Vermögensschadens	15
3. normativer Schadensbegriff	18
a. Lohnfortzahlungsfälle	21
b. Beeinträchtigung der Haushaltsführung	23
c. Nutzungsausfall bei Kraftfahrzeugen, sonstige Interessen mit fraglichem Vermögenswert	26
d. Gewinn aus sittenwidrigen Geschäften	28
II. Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns aus sittenwidrigen Geschäften	31
1. Parallele zu den Fällen, in denen ein Gewinn unter Verletzung von Rechtsvorschriften hätte erzielt werden sollen	33
a. Rechtslage beim entgangenen rechtswidrigen Gewinn	35
aa. Grundsatz: Ausschluß des Ersatzes von entgangenem Gewinn aus rechtswidrigem Tun	35
bb. Untersuchung von Fallgruppen	38

1) Wirksamkeit des Erwerbsgeschäfts (§ 134 letzter Halbsatz BGB)	38
2) Verschulden des Geschädigten im Hinblick auf das Verbot	44
3) Art und Inhalt des Verbots	49
a) öffentliche Verbote	49
aa) formelle/materielle Rechtswidrigkeit	50
bb) Beurteilungsspielraum/Ermessen	54
cc) Duldung durch die Verwaltungsbehörde, Vertrauensschutz	58
dd) Sonderfall: Behörde hat bereits ent- schieden	63
b) privatrechtliche Verbote	69
aa) Standpunkt der überwiegenden Auffas- sung	70
bb) differenzierende Auffassung (Stürner)	71
cc) Stellungnahme	73
b. Parallele zum entgangenen Gewinn bei Beein- trächtigung sittenwidriger Geschäfte	76
2. Unzulässigkeit der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit als Prinzip	79
a. nemo turpitudinem suam allegans auditur	79
b. Niederschlag des Prinzips im geltenden Recht: § 817 Satz 2 BGB	86
aa. Strafgedanke	87
bb. Rechtsschutzversagung	89
1) Wege zur Beschränkung des § 817 Satz 2 BGB	94
a) Beschränkung des § 817 Satz 2 BGB auf Bereicherungsansprüche aus § 817 Satz 2 BGB	94

	<u>Seite</u>
b) Anwendung des § 817 Satz 2 BGB lediglich auf beiderseitig erfüll- te Geschäfte	95
c) Korrektur der Ergebnisse des § 817 Satz 2 BGB über Treu und Glauben	96
d) Beschränkung des § 817 Satz 2 BGB auf Fälle der Deliktsanstiftung	98
e) Einschränkung des § 817 Satz 2 BGB durch subjektive Erfordernisse	100
2) Grenzen des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwid- rigkeit im Rahmen des § 817 Satz 2 BGB	103
a) Korrektur durch den Zweck der Rechtswidrigkeits- / Sittenwid- rigkeitsnorm	104
b) Beschränkung auf die Prämie der Rechts- oder Sittenwidrigkeit	109
c) Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit im Schadensersatzrecht	125
Ergebnis	128

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.E.	am Ende
AT	Allgemeiner Teil
BauR	baurechtliche Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz vom 15.3.1974 (BGBI I 721,1193)
Dig.	Digesten
Diss.	Dissertation
VwVfG	Verwaltungsverfassungsgesetz vom 25.5.1976 (BGBI I 1253)
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht

Abkürzungen sind nicht besonders aufgeführt, soweit sie enthalten sind im Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage, Berlin 1968 sowie im Duden, Rechtschreibung der deutschen Sprache und der Fremdwörter, 17. Auflage, Mannheim, Wien, Zürich 1973.

LITERATURVERZEICHNIS

- Askenasy Ober den immateriellen Schaden nach dem
BGB, GruchB 70,373 ff.
- Bastian Die Rückforderung von verbotswidrigen
Leistungen (zur Anwendbarkeit von
§ 817 Satz 2 BGB), JR 1950,117 ff.
- Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, 13. Auflage, München 1970
- Baur Lehrbuch des Sachenrechts, 10. Auflage,
München 1978
zitiert: Baur, Sachenrecht
- ders. Einige Bemerkungen zum Stand des Schadens-
ausgleichsrechts, Festschrift für Ludwig
Raiser, Tübingen 1974, 119 ff.
- Becker Die ausdehnende Anwendung des § 817 Satz 2
BGB, NJW 1952,53 ff.
- Benöhr Anmerkung zu LG Karlsruhe, NJW 1975,1420
in NJW 1975, 1970/1971
- Berg Zur Abgrenzung von vertraglicher Dritt-
schutzwirkung und Drittschadensliquidation,
NJW 1978, 2018/2019
- Boehmer Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung,
1. Buch, Tübingen 1950
zitiert: Boehmer, Grundlagen I
- Bötticher Schadensersatz für entgangene Gebrauchs-
vorteile, VersR 1966,301 ff.
- Born Entgangener Dirnenlohn als erstattungs-
fähiger Erwerbsschaden? VersR 1977,118 ff.
- Brox Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetz-
buches, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn,
München 1978
zitiert: Brox AT
- Bufe § 817 S. 2 BGB, AcP 157(1958/1959), 215 ff.
- Bydlinski Probleme der Schadensverursachung nach
deutschem und österreichischem Recht,
Stuttgart 1964
zitiert: Bydlinski, Schadensverursachung

- v. Caemmerer Preisverstöße und § 817 Satz 2 BGB, SJZ 1950,646 ff.
- ders. Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1962
- Canaris Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, Festschrift für Karl Larenz, München 1973,799 ff.
- Cantzler Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, AcP 156(157), 29 ff.
- Coing Interesseberechnung und unmittelbarer Schaden, SJZ 1950,865 ff.
- Czermak Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, JuS 1968,399 ff.
- Detlevsen Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile, Karlsruhe 1969
- Deutsch Haftungsrecht, Erster Band, Allgemeine Lehren, Köln, Berlin, Bonn, München 1976
- ders. Haftungsrecht und Strafrecht, Festschrift für Eduard Wahl, Heidelberg 1973,399 ff.
- Diederichsen Argumentationsstrukturen in der Rechtsprechung zum Schadensersatzrecht, Festschrift für Ernst Klingmüller, Karlsruhe 1974,65 ff.
- Drews/Wacke/
Vogel/Martens Gefahrenabwehr, Band 1, 8. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1975
- Engisch Einführung in das juristische Denken, 5. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1971
zitiert: Engisch, Einführung
- Enneccerus-
Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
zitiert: Enneccerus-Lehmann
- Enneccerus-
Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Erster Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959
zitiert: Enneccerus-Nipperdey

- Erichsen/
Martens Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage,
Berlin, New York 1978
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
1. Band, 6. Auflage, Münster 1975
zitiert: Erman
- Esser Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil,
4. Auflage, Karlsruhe 1971
zitiert: Esser
- Esser/Schmidt Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil,
Teilband 1, 5. Auflage, Karlsruhe 1975;
Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil,
Teilband 2, 5. Auflage, Karlsruhe 1976
zitiert: Esser-Schmidt
- Eyermann/Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Auflage,
München 1977
- Fabricius Ersatz des "merkantilen Minderwertes"
bei Kraftfahrzeugunfällen - BGHZ 35,396,
JuS 1962,224 ff.
- ders. Einschränkung der Anwendung des § 817 S. 2
BGB durch den Zweck des Verbotsgesetzes?
JZ 1963,85 ff.
- Fikentscher Schuldrecht, 6. Auflage, Berlin, New York 1976
zitiert: Fikentscher
- Fischer Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch
für das Deutsche Reich, Jena 1903
zitiert: Fischer, Der Schaden
- ders. Bereicherung und Schaden, Festschrift für
Ernst Zitelmann, München, Leipzig 1913,1 ff.
- Flume Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches,
Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage,
Berlin, Heidelberg, New York 1979
zitiert: Flume AT
- Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band,
Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973
zitiert: Forsthoff
- Frotz Der "Ersatz in Geld" nach § 250 S. 2 BGB,
JZ 1963,391 ff.
- Geigel Der Haftpflichtprozeß, 17. Auflage, München
1979

- Genich Bereicherungsansprüche aus nichtigem Vertrag.
Dissertation Marburg 1926
zitiert: Genich, Diss.
- Götz Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht,
5. Auflage, Göttingen 1978
zitiert: Götz
- Grunsky Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögens-
schadens, Bad Homburg 1978
- ders. Entgangene Urlaubszeit als Vermögensschaden,
NJW 1975,609 ff.
- Hachenburg Gesetz betreffend die Gesellschaften mit
beschränkter Haftung (GmbHG), 7. Auflage,
3. Lieferung (§§ 15 - 34), Berlin, New York
1977
zitiert: Hachenburg, GmbHG
- Hagen Fort- oder Fehlentwicklung des Schadens-
begriffs? - BGH (GZS), NJW 1968,1823,
in JuS 1969,61 ff.
- ders. Die Drittschadensliquidation im Wandel der
Rechtsdogmatik, Frankfurt 1971
- Hammes Das Problem des § 817 S. 2 BGB, insbesondere
die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB bei
Rückforderung einer durch Verletzung der
Preis- oder Bewirtschaftungsvorschriften
bewirkten Leistung, JR 1950,11 ff.
- Hansen Normativer Schadensbegriff und Schadens-
berechnung, Karlsruhe 1977
zitiert: Hansen, Schadensbegriff
- ders. Auswirkungen des normativen Schadensbegriffs
auf die Methodik der Schadensberechnung,
MDR 1978,361 ff.
- Heck Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929;
zitiert: Heck, Schuldrecht
- ders. Die Ausdehnung des § 817, S. 2 auf alle
Bereicherungsansprüche, AcP 124(1925), 1 ff.
- Heilm Teilnichtigkeit nach Kartellrecht, GRUR
1976,496 ff.

- Honsell Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, München 1974
zitiert: Honsell, Rückabwicklung
- ders. Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, JuS 1973,69 ff.
- ders. Die zivilrechtliche Sanktion der Sittenwidrigkeit, JZ 1975,439 ff.
- ders. Die mißlungene Urlaubsreise - BGHZ 63,98 in JuS 1976,222 ff.
- Hundertmark Zum Schutz öffentlich-rechtlicher Wasserbenutzungsrechte durch zivilrechtliche Unterlassungsansprüche, ZfW 1968,228 ff.
- Hupfer Anmerkung zu BGH NJW 1976,1147 in NJW 1976, 1792
- Ingenstau/Korbion VOB Kommentar, 8. Auflage, Düsseldorf 1977
zitiert: Ingenstau-Korbion, VOB
- Isenbeck Anmerkung zu OLG Düsseldorf, NJW 1970,1852 in NJW 1971,288
- Kaser Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht, SavZ 60(1940), 95 ff.
- Keuk Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972
zitiert: Keuk, Vermögensschaden
- Kiefner Qui possidet dominus esse praesumitur, SavZ 79(1962), 239 ff.
- Kilian Schadensersatzansprüche wegen Beeinträchtigung der Haushaltsführung, AcP 169(1969), 443 ff.
- Knappe Das Problem der überholenden Kausalität, Göttingen 1954
zitiert: Knappe
- Knobbe-Keuk Möglichkeiten und Grenzen abstrakter Schadensberechnung, VersR 1976,401 ff.
- Köndgen Ökonomische Aspekte des Schadensproblems, AcP 177(1977), 1 ff.
- Kohler Die Ideale im Recht, ArchBürgR 5,161 ff.
- ders. Vertrag und Übergabe, ArchBürgR 18,1 ff.

Lesser	Rechtsstellung von Sachen, die unter Verletzung der Kriegswirtschaftsvorschriften besessen werden, JW 1919,91
Löwe	Schadensersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen, VersR 1963,307 ff.
ders.	Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbstständiger Vermögenswert, NJW 1964,701 ff.
Mandel	Zivilistischer Aufbau des Schadensersatzrechts, Breslau 1932; zitiert: Mandel
Mangelsdorff	Interesse und Interessenersatz im Bürgerlichen Gesetzbuch, Marburg 1933 zitiert: Mangelsdorff
Maunz/Dürig/ Herzog/Scholz	Grundgesetz, 5. Auflage, München 1977 zitiert: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz
Medicus	Bürgerliches Recht, 8. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1978
ders.	Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz, AcP 165(1965),115 ff.
ders.	Vergütungspflicht des Bewucherten? Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, München 1973,61 ff.
Menger/Erichsen	Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 59(1968),167 ff.
Mertens	Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart 1967 zitiert: Mertens
Meyer/Borgs	Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, Frankfurt 1976 zitiert: Meyer/Borgs, VwVfG
Mommsen	Beiträge zum Obligationsrecht, Zweite Ab- teilung: Zur Lehre vom Interesse, Braunschweig 1855 zitiert: Mommsen
Motive	Zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Berlin 1896 zitiert: Motive II

- Müller/Hennenberg/
Schwartz Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
und Europäisches Kartellrecht, Gemein-
schaftskommentar, 3. Auflage, Köln, Berlin,
Bonn, München 1972
zitiert: Müller/Hennenberg/Schwartz
- Niederländer Nemo turpitudinem suam allegans auditur,
Festgabe für Max Gutzwiller, Basel 1959,
621 ff.
- Niemeyer Anmerkung zu BGH NJW 1976,1147 in NJW 1976,
1792
- Neubecker Der abstrakte Vertrag in seinen historischen
und dogmatischen Grundzügen, ArchBürgR
22,34 ff.
- ders. Die zivilistische Stellung des Wucherers
nach neuem Recht, DJZ 1902,568 ff.
- Neuner Interesse und Vermögensschaden, AcP 133
(1931), 277 ff.
- Neuwald Der zivilrechtliche Schadensbegriff und
seine Weiterentwicklung in der Rechtspre-
chung, Diss. München 1968
zitiert: Neuwald, Diss.
- Obernolte Ausschluß der Rückforderung einer gesetzes-
widrigen bzw. sittenwidrigen Leistung nach
§ 817 S. 2 BGB und die Behandlung dieses
Problems in der Schweiz. u. öst. Gerichts-
praxis, Diss. Göttingen 1955
- Oertmann Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage,
Berlin 1929
zitiert: Oertmann
- ders. Die Vorteilsausgleichung beim Schadens-
ersatzanspruch im römischen und deutschen
bürgerlichen Recht, Berlin 1901
zitiert: Oertmann, Vorteilsausgleichung
- Ossenbühl Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat,
DöV 1972,25 ff.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 38. Auflage,
München 1979
zitiert: Palandt
- ders. Bürgerliches Gesetzbuch, 35. Auflage,
München 1976
zitiert: Palandt, 35. Auflage

- Pawlowski Anmerkung zu BGH JZ 1970,504 in JZ 1970,506 ff.
- Pieper Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nicht-
erfüllung, JuS 1962,409 ff.
- Porzelt Die Sache und ihre funktionale Bedeutung
für den Sachschaden, Diss. Köln 1965
zitiert: Porzelt, Diss.
- Prölss Der Einwand der "unclean hands" im Bürger-
lichen Recht sowie im Wettbewerbs- und
Warenzeichenrecht, ZHR 132(1969), 35 ff.
- Raiser, Ludwig Anmerkung zu BGH JZ 1951,716 in JZ 1951,
718 ff.
- Raiser, Thomas Haftungsbegrenzung durch den Vertragszweck,
Diss. Tübingen 1962
zitiert: Th. Raiser, Diss.
- Reeb Grundprobleme des Bereicherungsrechts,
München 1975
zitiert: Reeb, Grundprobleme
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar,
herausgegeben von Mitgliedern des Bundes-
gerichtshofs, Band II, 1. Teil (§§ 241-413),
12. Auflage, Berlin, New York 1976
zitiert: RGRK
- Riezler Berufung auf eigenes Unrecht, IherJb 89
(1941), 177 ff.
- Rosenberg/Schwab Zivilprozeßrecht, 12. Auflage, München 1977
- Rosenthal/
Bohnenberg Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage,
Köln, Berlin, Bonn, München 1965
zitiert: Rosenthal-Bohnenberg
- Rother Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle
Liberalisierung, AcP 172(1972),498 ff.
- Rümelin Besprechung von Oertmanns Vorteilsausglei-
chung, Kritische Vierteljahresschrift für
Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 45(1904),
189 ff.
- Schmidt, Eike Grundlagen des Haftungs- und Schadensrechts,
Athenäum-Zivilrecht, Band 1, Grundlagen des
Vertrags- und Schuldrechts, Frankfurt 1972,
465 ff.
zitiert: Schmidt, Athenäum-Zivilrecht I
- Schmidt, Jürgen Schadensersatz und Strafe, Frankfurt, Bern
1973

- Schmidt, Walter "Vertrauensschutz" im öffentlichen Recht,
JuS 1973,529 ff.
- Schmidt-Salzer Der Anspruch auf Zahlung eines Nutzungs-
entgelts wegen entgangener Gebrauchsvorteile,
BB 1970,55 ff.
- Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Auflage,
Köln 1964
zitiert: Scholz, GmbHG
- Selb Schadensbegriff und Regreßmethoden,
Heidelberg 1963
zitiert: Selb, Schadensbegriff
- ders. Individualschaden und soziale Sicherung,
Karlsruher Forum 1964,3 ff.
- Siber Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts,
Schuldrecht, Leipzig 1931
zitiert: Siber, Schuldrecht
- Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Band 1, Allgemeiner Teil, 11. Auflage,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978
- Band 2, Schuldrecht I, 10. Auflage,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967;
Band 3, Schuldrecht II, 10. Auflage,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969
zitiert: Soergel
- Sonnenschein Schwarzarbeit, JZ 1976,497 ff.
- Stalljohann Die Bedeutung der Differenzhypothese für
die Berücksichtigung schadensmindernder
Umstände, Diss. Münster 1958
zitiert: Stalljohann, Diss.
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
II. Band, Recht der Schuldverhältnisse,
Teil 1 c (§§ 249-327), 10./11. Auflage,
Berlin 1967
Teil 4 (§§ 705 - 822), 10./11. Auflage,
Berlin 1975
Teil 5 (§§ 823 - 853), 10./11. Auflage,
Berlin 1975
zitiert: Staudinger

- Steckert Rechtsnatur und Rechtswirkung sogenannter Anliegerbescheinigungen (zugleich ein Beitrag zur Bindungswirkung behördlicher Zusagen), DVBl 1969,299 ff.
- Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Erster Band, 19. Auflage, Tübingen 1972
zitiert: Stein-Jonas
- Stoll Abstrakte Nutzungsentschädigung bei Beschädigung eines Kraftfahrzeugs, JuS 1968,504 ff.
- ders. Schadensersatz und Strafe - eine rechtsvergleichende Studie, Festschrift für Max Rheinstein, Tübingen 1969,569 ff.
- ders. Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, Karlsruhe 1973
zitiert: Stoll, Begriff und Grenzen
- ders. Anmerkung zu BGHZ 63,98 in JZ 1975,252 ff.
- Strobl Beitrag zur Problematik des § 817 S. 2 BGB, Diss. München 1957
zitiert: Strobl, Diss.
- Studienkommentar zum BGB, Erstes bis Drittes Buch (§§ 1 - 1296), bearbeitet von Beuthien, Hadding, Lüderitz, Medicus, Wolf, Frankfurt 1975
zitiert: Studienkommentar zum BGB
- Stürner Der entgangene rechtswidrige oder sittenwidrige Gewinn, VersR 1976,1012 ff.
- ders. Anmerkung zu BGH JZ 1977,173, in JZ 1977, 176 ff.
- Thomas/Putzo Zivilprozeßordnung mit Nebengesetzen, 10. Auflage, München 1978
zitiert: Thomas-Putzo
- Ule Verwaltungsprozeßrecht, 7. Auflage, München 1978
- Vogel, Helmut Auslegung und Anwendung des § 817 S. 2 BGB unter dem Prinzip des Leistungsgleichgewichts - ein Reformversuch, Diss. Tübingen 1965
zitiert: H. Vogel, Diss.
- Vogel, Ulrich Das wucherische Darlehen und seine Aufrechterhaltung, Diss. München 1951
zitiert: U. Vogel, Diss.

- Walsmann Compensatio lucri cum damno, Rostock 1900
 zitiert: Walsmann
- Weingart Anmerkung zu OLG Düsseldorf, NJW 1970,1852
 in NJW 1970,2248/2249
- Werber Nutzungsausfall und persönliche Nutzungs-
 bereitschaft, AcP 173(1973),158 ff.
- Westermann Sachenrecht, 5. Auflage, Karlsruhe 1966
- Weychardt Wandlungen des Schadensbegriffs in der
 Rechtsprechung, Diss. Frankfurt/Main 1965
 zitiert: Weychardt, Diss.
- Wiese Der Ersatz des immateriellen Schadens,
 Tübingen 1964
- Wieser Zum Schadensersatzanspruch des nichtberechtig-
 igten Besitzers, NJW 1971,597/598
- Wilburg Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung,
 IherJb 82(1932),51 ff.
- ders. bei Klang, Kommentar zum ABGB, fünfter Band
 (§§ 1090 - 1292), 2. Auflage, Wien 1954
 zitiert: Wilburg bei Klang
- Wissmann Die Berufung auf rechtmäßiges Alternativ-
 verhalten, NJW 1971,549 ff.
- Wolf Grundlagen des Schadensbegriffs und der
 Methode der Schadenserkenntnis, Festschrift
 für Gerhard Schiedermaier, München 1976,545 ff.
- Wolff/Bachof Verwaltungsrecht I, 9. Auflage, München 1974
- dies. Verwaltungsrecht III, 4. Auflage, München 1978
- Wussow Das Unfallhaftpflichtrecht, 12. Auflage,
 Köln, Berlin, Bonn, München 1975
- Zeuner Schadensbegriff und Ersatz von Vermögens-
 schäden, AcP 163(1964),380 ff.
- ders. Gedanken zum Schadensproblem, Gedächtnis-
 schrift für Rolf Dietz, München 1973,99 ff.

A. Einleitung

Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll die Untersuchung der Frage sein, ob entgangener Gewinn aus sittenwidrigen Geschäften als Schaden zu ersetzen ist. Auf den Ersatz von entgangenem Gewinn aus rechtswidrigem Verhalten wird in diesem Zusammenhang ebenfalls einzugehen sein.

Außer Zweifel steht, daß unter den Parteien eines wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtigen Geschäfts, bei dem Erfüllungsansprüche nicht in Betracht kommen, mangels eines wirksamen Vertrages auch keine Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung existieren können. Die Frage nach Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns aus sittenwidrigen Geschäften kann aber stets dann auftauchen, wenn ein Dritter als Außenstehender die geplante Durchführung des sittenwidrigen Geschäfts vereitelt, etwa durch Verletzung der betreffenden Person oder durch Beschädigung von Sachen, die zur Abwicklung sittenwidriger Geschäfte dienen sollen. Es ist dann möglich, daß der Verletzte darlegt, das geplante Geschäft wäre - wenn auch wegen Sittenwidrigkeit nichtig (§ 138 BGB) - gleichwohl aufgrund tatsächlicher Erfüllungsbereitschaft der Beteiligten mit Gewinn vollzogen worden oder die Entstehung derartigen Gewinns sei wenigstens den Umständen nach mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen (vgl. § 252 BGB). Mit einer solchen Sachdarstellung setzt sich der Anspruchsteller nicht offenbar in Widerspruch zum geltenden Recht: Die tatsächliche Durchführung des geplanten Geschäfts war - anders als etwa bei Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) - von Rechts wegen nicht verboten, sondern die beabsichtigte Gewinnerzielung wäre bei einverständlichem Handeln der Beteiligten von der Rechtsordnung durchaus hinzunehmen gewesen. Da das Gesetz bestimmt, daß der Ersatzpflichtige den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtete Umstand nicht eingetreten

wäre (§ 249 Satz 1 BGB) und daß dabei auch Ersatz für den entgangenen Gewinn zu leisten ist (§ 252 BGB), liegt das Ergebnis nahe, daß der Verletzte auch für solche Vermögenswerte zu entschädigen ist, die ihm entgangen sind, weil er an der tatsächlichen Durchführung sittenwidriger Geschäfte durch einen Dritten gehindert wurde.

Bei der Erörterung der Frage des Schadensersatzes für entgangenen sittenwidrigen Erwerb standen Sachverhalte im Vordergrund, in denen die Gewinnerzielung aus Gründen der Sexualethik für sittenwidrig erachtet wurde, insbesondere das Verlangen der bei einem Unfall verletzten Dirne nach Ersatz ihres Verdienstauffalls.

Einen derartigen Ersatz verweigerte das Oberlandesgericht Stuttgart in einer Entscheidung aus dem Jahre 1931 mit der kurzgefaßten Begründung: "Dem aus unsittlichen Geschäften erzielten Einkommen ist die rechtliche Anerkennung und der Rechtsschutz versagt (§ 138 BGB)"¹⁾. In jüngerer Zeit findet sich als erste veröffentlichte Entscheidung zu diesem Problem ein Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf aus dem Jahre 1970²⁾, welches zum gegenteiligen Ergebnis kam: Die Sittenwidrigkeit des geplanten Erwerbs stehe seiner Ersatzpflichtigkeit als Schaden nicht entgegen, denn das Gesetz verbiete den Erwerb der Dirne nicht, vielmehr werde ihre Tätigkeit vom Gesetzgeber geduldet³⁾. Die Prostituierte könne daher, ohne mit dem Gesetz in Konflikt zu geraten, rechtmäßig ein Einkommen erzielen, und es gehe deshalb nicht an, daß der Schädiger, der eine Prostituierte verletzt und dadurch ihre Erwerbsfähigkeit, aus der sie ihren Unterhalt bestreitet, aufhebt oder mindert, Vorteile daraus ziehen soll,

1) OLG Stuttgart, HRR 1932 Nr. 121.

2) OLG Düsseldorf, NJW 1970, 1852.

3) OLG Düsseldorf, aaO.

daß die Erwerbsfähigkeit der Prostituierten gegen die guten Sitten verstoße⁴⁾. Dieser Auffassung folgten später mit ähnlicher Begründung das Landgericht Offenburg⁵⁾ sowie unter weiterem Hinweis auf die staatliche Heranziehung der Dirne zur Einkommensteuer⁶⁾ das Oberlandesgericht München⁷⁾, in der Literatur Palandt-Heinrichs⁸⁾, Wussow⁹⁾ und Erman-Sirp¹⁰⁾.

Gegen die vom Oberlandesgericht Düsseldorf begründete Auffassung von der Ersatzfähigkeit entgangenen Dirnenlohns als Erwerbsausfallschaden wandten sich Weingart¹¹⁾ und Isenbeck¹²⁾: Die Duldung der Dirnengeschäfte durch den Gesetzgeber zwingt keineswegs zur schadensersatzrechtlichen Gleichstellung mit regulärem Verdienstausschlag, eine solche Gleichsetzung würde vielmehr dazu führen, die Rechtsposition der Dirnen unangemessen zu stärken¹³⁾. Das Interesse der Prostituierten, so gestellt zu werden, wie wenn sie weiter der Gewerbsunzucht voll nachgehen würde, sei wegen der in der Prostitution liegenden Mißachtung der Menschenwürde als oberstem Wert (Art. 1GG) nicht schutzwürdig, und die Dirne könne Ersatz wegen ihrer Arbeitsunfähigkeit nur verlangen, wenn sie darlegt, daß sie ohne die Verletzung eine Arbeit angenommen und ein Einkommen erzielt hätte¹⁴⁾. Im Anschluß an diese Urteile in der Literatur lehnten daraufhin das Landgericht Hamburg¹⁵⁾

4) OLG Düsseldorf, aaO.

5) LG Offenburg, VersR 1973, 69/70.

6) BFH NJW 1965, 79.

7) OLG München, Urt. v. 14.3.1975 - 10 U 4255/74 (nicht veröffentlicht); vgl. auch LG München I VersR 1977, 235.

8) Palandt-Heinrichs, 35. Aufl., § 252, 2.

9) Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, RdNr. 1004 (S. 563).

10) Erman-Sirp, § 249, 80.

11) Weingart, NJW 1970, 2248/2249.

12) Isenbeck, NJW 1971, 288.

13) Weingart, NJW 1970, 2248.

14) Isenbeck, aaO.

15) LG Hamburg, VersR 1977, 85-87.

und ebenso das Oberlandesgericht Hamburg¹⁶⁾ die Anerkennung entgangenen Dirnenlohns als erstattungsfähigen Schaden ab: Die Erwägung, ein Schädiger dürfe keinen Vorteil daraus ziehen, daß die Erwerbsfähigkeit einer Prostituierten gegen die guten Sitten verstoße, sei im Schadensersatzrecht fehl am Platze¹⁷⁾. Der Schädiger sei auch sonst im Vorteil, wenn er z.B. eine Person verletze, die keiner Erwerbstätigkeit nachgeht¹⁸⁾. Da es mithin keine für alle Fälle gleiche Verpflichtung des Schädigers gebe, könne auch von einem "Vorteil", den er aus der Unsittlichkeit der Erwerbstätigkeit einer Prostituierten ziehe, keine Rede sein¹⁹⁾. Die Rechtsordnung dulde die Prostitution zwar, da ein völliges Verbot erfahrungsgemäß nicht durchsetzbar sei; diese Duldung geschehe aber nur widerwillig, und eine Billigung sei nirgends angestrebt²⁰⁾. Da die Dirne Erfüllungsansprüche aus den Vereinbarungen mit den Freiern wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) nicht gehabt habe, dürfe ihr ein Anspruch auf den Dirnenlohn auch nicht auf dem Umweg über das Schadensersatzrecht verschafft werden; zwar hätte die verletzte Prostituierte einmal gezahlten Dirnenlohn wegen des beiderseitigen Sittenverstoßes behalten können (§ 817 Satz 2 BGB), aber der Sinn der Regelung in den §§ 138, 817 Satz 2 BGB bestehe gerade darin, jeder Vermögensverschiebung im Zusammenhang mit dem Prostitutionsvorgang den Rechtsschutz zu versagen und es bei der einmal bestehenden Vermögenslage zu belassen²¹⁾. Die Prostituierte, die demgegenüber Ersatz für entgangene Einkünfte verlange,

16) OLG Hamburg, Beschluß v. 24.10.1975 und Urteil v. 9.7.1976, VersR 1977, 87/88.

17) LG Hamburg, VersR 1977, 85.

18) LG Hamburg, VersR 1977, 86; OLG Hamburg, VersR 1977, 88.

19) OLG Hamburg, aaO.

20) LG Hamburg, aaO.

21) LG Hamburg, aaO; OLG Hamburg aaO.

erstrebe damit eben den nach dem Sinn der §§ 138, 817 BGB versagten Rechtsschutz für eine Änderung der bestehenden Vermögenslage²²⁾.

In einer Entscheidung aus neuerer Zeit²³⁾ hat nunmehr der Bundesgerichtshof einen differenzierenden Standpunkt zur Frage der Ersatzfähigkeit entgangenen Dirnenlohns eingenommen: Der Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns finde seine Grenze dort, "wo der Geschädigte an einer Erwerbs-handlung gehindert worden ist, die nach allgemein gültigen Maßstäben hätte mißbilligt werden müssen"²⁴⁾. Dem Schädiger könne es billigerweise (§ 242 BGB) nicht zugemutet werden, einen durch sittenwidriges Tun geprägten Erwerb zu substituieren, und es bestünden Bedenken, die staatlichen Gerichte bei der Durchsetzung einer solchen Forderung zum mittelbaren Werkzeug der Gewerbsunzucht zu machen²⁵⁾. Die gebotene sozioethische Korrektur ginge allerdings zu weit, wenn der Dirne ein Ersatzanspruch in vollem Umfang versagt würde, denn die Dirne könnte dann möglicherweise der Sozialhilfe zur Last fallen, und dies bedeute für den Schädiger eine unverdiente Begünstigung u.U. auf Kosten der Allgemeinheit²⁶⁾. Der entgangene Dirnenlohn sei daher zu einem Teilbetrag zu ersetzen und "nach oben zu begrenzen durch die Höhe eines existenzdeckenden Einkommens, das auch in einfachen Verhältnissen von jedem gesunden Menschen erfahrungsgemäß zu erreichen ist"²⁷⁾. Der so - für den entgangenen sittenwidrigen Erwerb in Form des Dirnenlohnes - gefundene Mittelweg des Bundesgerichtshofs hat sogleich Widerspruch von beiden Seiten erfahren: Stürner²⁸⁾ sieht

22) LG Hamburg, aaO; OLG Hamburg, aaO.

23) BGHZ 67, 119 = NJW 1976, 1883 = VersR 1976, 941 = JZ 1977, 173, Revisionsentscheidung zu OLG München, aaO (Fußnote 7).

24) BGHZ 67, 119(121).

25) BGHZ 67, 119(126).

26) BGHZ 67, 119(127).

27) BGHZ 67, 119(128); nach OLG München VersR 1977, 628 ca. DM 1.000,-/monatlich.

28) VersR 1976, 1012 ff; derselbe JZ 1977, 176/177.

den Ersatz des entgangenen Gewinns als Entschädigung für die durch das Schadensereignis verlorene Handlungsfreiheit an - wozuauch die Freiheit gehöre, durch sittenwidriges, aber nicht verbotenes Verhalten Gewinn zu erzielen - und gelangt deshalb zum vollen Ersatz für entgangenen Gewinn aus sittenwidrigen, aber nicht verbotenen Geschäften, mithin auch zum vollen Ersatz des entgangenen Dirnenlohns²⁹⁾. Demgegenüber stellt Born³⁰⁾ darauf ab, daß das Gesetz Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, und solche, die sittenwidrig sind, hinsichtlich der Nichtigkeitsfolge gleichstellt (§§ 134, 138 BGB); diese Gleichbehandlung sei auch im Schadensersatzrecht geboten, und deshalb finde die Entschädigung von Erwerbsausfall ihre Grenze darin, daß nur rechts- und sittengemäßer Erwerb zu berücksichtigen sei³¹⁾. Dieses Ergebnis könne auch nicht durch allgemeine Billigkeitgesichtspunkte korrigiert werden, und insbesondere die Gewährung eines Teilbetrags des entgangenen Dirnenlohns in Höhe eines existenzdeckenden Einkommens durch den BGH sei willkürlich³²⁾.

Die damit angeschnittenen Kontroversen zum Beispielsfall des entgangenen sittenwidrigen, aber nicht verbotenen Erwerbs in Form des Dirnenlohns lassen bezweifeln, ob die Frage des Ersatzes für entgangenen sittenwidrigen Erwerb ohne weiteres durch Rückgriff auf den Satz des Bundesgerichtshofs entschieden werden kann, daß der Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns seine Grenze dort finde, wo der Geschädigte zu einer nach allgemein gültigen Maß-

29) Stürner, VersR 1977, 1012 (1015/1016); derselbe JZ 1977, aaO.

30) Born, VersR 1977, 118 ff.

31) Born, VersR 1977, 118 (119).

32) Born, VersR 1977, 118 (120).

stäben mißbilligten Erwerbshandlung gehindert worden ist³³⁾, zumal sich der Bundesgerichtshof gem. § 242 BGB veranlaßt sah, wenigstens einen Teilbetrag des entgangenen Dirnenlohns zuzusprechen³⁴⁾. Es fragt sich insbesondere, ob eine Gleichsetzung von verbotenen und lediglich anstößigen Erwerbshandlungen unter dem Gesichtspunkt des "mißbilligten" Erwerbs im Schadensersatzrecht aus dem Gesetz heraus zu rechtfertigen ist oder ob nicht lediglich ein mit moralischen Vorstellungen belastetes Rechtsgefühl³⁵⁾ zur gesetzfremden Verallgemeinerung - kein Ersatz entgangenen mißbilligten Gewinns - führt, welche dann sogleich aus Billigkeitsgründen zu erneuten Korrekturen wegen der Erfordernisse von Treu und Glauben (§ 242 BGB) Anlaß gibt.

Bei der Suche nach dem Lösungsansatz zur Beantwortung der Frage nach der Ersatzfähigkeit entgangenen sittenwidrigen Erwerbs sollen die in der Rechtsprechung bisher behandelten Fälle der Sittenwidrigkeit aus sexualethischen Gründen Anknüpfungspunkte sein. Dazu gehören neben den Urteilen zum Verdienstausschlag der bei einem Unfall verletzten Dirne Entscheidungen über Ansprüche auf entgangenen Gewinn aus Weiterverkauf oder entzogener Nutzung eines Bordells. Bereits das Reichsgericht führte für den Fall des entgangenen Gewinns aus dem Weiterverkauf eines Hausgrundstücks als Bordell aus³⁶⁾: "Wenn ihm (dem Kläger) dieser Gewinn durch

33) BGH, aaO (FuBnote 24).

34) BGH, aaO (FuBnote 27); ihm folgend Palandt-Heinrichs ab 36. Aufl., § 252,2 unter Aufgabe des Standpunkts der Voraufgabe - voller Ersatz (oben FuBnote 8).

35) Vgl. Isenbeck, aaO (FuBnote 12) der meint: "Das Rechtsgefühl vieler wird sich dagegen auflehnen, daß Dirne-einkommen im Schadensersatzrecht wie Verdienst aus ehrenhafter Arbeit geachtet werden soll."

36) RG SeuffArch 46(1891) Nr. 179.

das vertragswidrige Verhalten des Beklagten entgangen ist, so entging ihm damit kein auf honesta causa beruhender Gewinn, und er kann ihn so wenig ersetzt verlangen, als er den höheren Mietertrag ersetzt verlangen könnte, den er etwa durch Vermietung zum Zweck der Prostitution erzielen vermocht hätte." Eine weitere Begründung, insbesondere eine Herleitung der Beschränkung auf den "honesta causa" erwarteten Gewinn blieb aus. Der Bundesgerichtshof verweigerte ebenso knapp den Ersatz entgangenen Gewinns aus der geplanten Nutzung eines Hausgrundstücks als Bordell, weil es sich dabei um einen sittenwidrigen Gewinn handele, "der nicht im Wege des Schadensersatzes ersetzt werden kann"³⁷⁾.

Es bleibt - neben den Fällen der Sittenwidrigkeit eines geplanten Erwerbsgeschäfts aus sexualethischen Gründen - an andere Sachverhalte zu denken, in denen die Frage nach dem Ersatz für entgangenen Gewinn aus sittenwidrigen Geschäften auftauchen kann. Bereits das Reichsgericht hat den Ersatz entgangenen Gewinns abgelehnt, der den sittenwidrigen Bruch eines Vertrages vorausgesetzt hätte: Niemand könne von Rechts wegen die Einbuße eines Gewinns geltend machen, den er nur durch ein sittenwidriges Verhalten hätte erzielen können³⁸⁾. Der Bundesgerichtshof hat - ohne weitergehende Begründung - den Ersatz von entgangenen Gewinnen aus Geschäften versagt, welche den Vertragsbruch eines Beteiligten gegenüber einem Dritten veranlassen, fördern oder belohnen und aus diesem Grunde gegen die guten Sitten verstoßen³⁹⁾. In Fällen dieser Art besteht freilich

37) BGH WM 1969, 1083 (1084).

38) RGZ 100, 112 (113/114).

39) BGH VersR 1954, 498; zur Sittenwidrigkeit bei Mitwirkung an fremdem Vertragsbruch vgl. BGH NJW 1969, 1293 ff.; Palandt-Heinrichs, § 138, 3 a/b; Erman-Sirp, § 138, 59; Medicus, Bürgerliches Recht, RdNr. 625.

die Besonderheit, daß die Sittenwidrigkeit des geplanten Erwerbsverhaltens gerade darauf beruht, daß Rechtspflichten - Pflichten aus dem Vertragsverhältnis gegenüber einem Dritten - verletzt werden. Möglicherweise begründet bereits dieser Gesichtspunkt für sich allein den Ausschluß eines Ersatzanspruchs (vgl. dazu unten S. 69 ff.). Weitere Entscheidungen zur Frage des Ersatzes für entgangene Gewinne aus sittenwidrigen Geschäften sind in der veröffentlichten Rechtsprechung nicht ersichtlich - was nicht zuletzt damit zusammenhängen wird, daß solche Geschäfte gewöhnlich ohne das Vertrauen auf staatlichen Rechtsschutz abgewickelt werden. Nichtsdestoweniger läßt sich eine Reihe von Fällen anführen, in denen die Frage nach dem Ersatz von entgangenen Gewinnen aus sittenwidrigen Geschäften eine Rolle spielen kann⁴⁰⁾: Es kommen etwa in Betracht Ansprüche eines Unternehmens, das unter Ausnutzung seiner Monopolstellung von Abnehmern überhöhte Preise verlangt⁴¹⁾ auf entgangenen Gewinn, z.B. wegen fremdverschuldeten Betriebsausfalls, Ansprüche auf entgangenen Gewinn aus sittenwidrigen Automatenaufstellungsverträgen⁴²⁾, etwa wegen vertragswidriger Nichtbelieferung des Automatenaufstellers durch eine Herstellerfirma. Ansprüche des Verpächters auf entgangenen Gewinn aus einem Knebelungspachtvertrag⁴³⁾ wegen schädigender Einwirkung auf den verpachteten Betrieb oder Ansprüche auf eine entgangene Abstandszahlung, die der Inhaber eines infolge Fremdverschuldens leistungsunfähigen Betriebes von Konkurrenten erhalten hätte, um bei einer Auftragsvergabe nicht mitzu-

40) vgl. auch Stürner, VersR 1976,1012(1016).

41) vgl. BGH LM (Cc) Nr. 4 zu § 138 BGB; Palandt-Heinrichs § 138,5 n.

42) vgl. OLG Düsseldorf, WM 1975,1293 ff.; Palandt-Heinrichs, § 138,5 m.

43) vgl. RG JW 1929,3161/3162; BGH WM 1976,181(182/183); Soergel-Hefermehl, § 138,97.

bieten⁴⁴⁾. Zu denken ist weiter an Ansprüche auf entgangenes Erfolgs-⁴⁵⁾ oder sonst sittenwidrig vereinbartes Anwaltshonorar⁴⁶⁾ und Ansprüche wegen entgangener Vermögensvorteile, die ein verletzter Sportler für die Nichtteilnahme an einem Wettbewerb erhalten hätte⁴⁷⁾. Es sind schließlich Sachverhalte möglich, bei denen das geplante Erwerbsgeschäft selbst nicht als sittenwidrig anzusehen ist, wo aber sittenwidriges Verhalten die Bedingungen für den vorgesehenen Erwerb schaffen soll: Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn ein Unternehmen, dessen Betrieb durch Fremdverschulden zum Erliegen gebracht worden ist, Ersatz des entgangenen Gewinns aus einem Auftrag verlangt, den das Unternehmen durch sittenwidrige Beeinflussung der Ausschreibung erhalten hätte, z.B. gegen Zahlungen an Konkurrenten für das Unterlassen von Angeboten oder das Einreichen überhöhter Scheinangebote bei der Vergabestelle⁴⁸⁾. Hier geht es zwar nicht unmittelbar um den Ersatz von entgangenem Gewinn aus sittenwidrigen Geschäften, jedoch im Kern ebenfalls um die Frage, ob der Ersatz für einen Erwerb beansprucht werden kann, der durch sittenwidriges Verhalten ermöglicht worden wäre.

Die Frage nach dem Ersatz entgangenen Gewinns aus sittenwidrigen Geschäften beschränkt sich damit nicht auf den Bereich der Sittenwidrigkeit aus sexualethischen Gründen,

44) als Austauschvertrag im Einzelfall kein unzulässiges Kartell iSd § 1,25 I GWB, vgl. Müller/Hennenberg/Schwartz RdNr. 1 vor § 1 GWB, aber wegen Ausschaltung des freien Wettbewerbs und darin liegender Vereitelung des Zwecks einer öffentlichen Ausschreibung zum Nachteil der Vergabestelle sittenwidrig. § 138 I BGB, vgl. Ingenstau-Korbion VOB, A § 8 RdNr. 47; vgl. ferner für entgeltliche Nichtabgabe eines Gebotes im Zwangsversteigerungsverfahren BGH NJW 1961,1012/1013; OLG Köln NJW 1978,47/48; Soergel-Hefermehl § 138,158.

45) vgl. BGHZ 39,142(148); Soergel-Hefermehl § 138,198.

46) vgl. RG JW 1935,123 ff.; Soergel-Hefermehl § 138,201.

47) vgl. RGZ 138,137 ff.; Palandt-Heinrichs, § 138,5 q.

48) vgl. oben Fußnote 44.

welcher bisher in der Rechtsprechung im Vordergrund gestanden hat, sondern kann in einer Vielzahl von Sachverhaltsgestaltungen auftauchen.

B. Hauptteil

I. Schaden im Sinne der §§ 249 ff. BGB in den Fällen des entgangenen Gewinns aus sittenwidrigen Geschäften

Lösungsansatz für die Beantwortung der Frage nach der Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns aus sittenwidrigen Geschäften könnte der Schadensbegriff sein. Es läßt sich nämlich bereits bezweifeln, ob entgangener Gewinn aus sittenwidrigen Geschäften überhaupt als "Schaden" im Sinne der §§ 249 ff. BGB anzusehen ist. Möglicherweise ist wegen der Sittenwidrigkeit der geplanten Erwerbshandlung und ihrer Mißbilligung durch die Rechtsordnung ein solcher Schaden zu verneinen.

Im allgemeinen Sprachgebrauch versteht man unter "Schaden" soviel wie Verlust, Nachteil, Einbuße, Beeinträchtigung usw.⁴⁹⁾. Legt man dieses Verständnis zugrunde, so ergibt sich in den Fällen des entgangenen Gewinns wegen Beeinträchtigung sittenwidriger Geschäfte für die Person desjenigen, dem dieser Gewinn entgangen ist, ohne weiteres ein infolge des beeinträchtigenden Ereignisses entgangener Vorteil, mithin eine vermögensmäßige Schlechterstellung und damit ein Schaden. Gleichwohl führte das Landgericht Hamburg für den Fall des entgangenen sittenwidrigen Erwerbs in Form des Dirnenlohns aus: "Der Wegfall des Dirnenlohns in der Zeit der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit der Klägerin stellt einen rechtsschutzwürdigen "Schaden" iSd §§ 823, 252 BGB nicht dar"⁵⁰⁾. Dieser

49) Larenz, Schuldrecht I, § 27 II a, S. 346; Deutsch, Haftungsrecht I, S. 419; Esser-Schmidt, § 31 II (S. 128); Neuwald, Diss. S. 1

50) LG Hamburg, VersR 1977, 85(86).

Auffassung schloß sich mit ähnlicher Formulierung - "... keinen Schaden iSd §§ 823, 252 BGB ..." - das Oberlandesgericht Hamburg an⁵¹⁾. Beide Entscheidungen gehen ohne weitere Begründung davon aus, ein Schaden iSd §§ 249 ff. BGB sei nicht ohne weiteres auf der Grundlage eines natürlichen Begriffsverständnisses gleichzusetzen mit einer nachteiligen Einwirkung auf die Güter- bzw. Erwerbslage des Betroffenen; einer solchen nachteiligen Einwirkung könne vielmehr aufgrund rechtlicher Bewertung der Charakter als "Schaden" durchaus abgesprochen werden⁵²⁾. Demgegenüber ist nach dem BGH im Falle des entgangenen sittenwidrigen Erwerbs in Form des Dirnenlohns schlicht aufgrund der tatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts "davon auszugehen, daß der Klägerin ein Erwerbsschaden in Höhe des vom Berufungsgericht zugesprochenen Betrages entstanden ist"⁵³⁾.

Angesichts dieser unterschiedlichen Beurteilungen für den Fall des entgangenen Dirnenlohnes ist näher zu untersuchen, ob in den Fällen des entgangenen Erwerbs aus sittenwidrigen Geschäften ein Schaden im Sinne der §§ 249 ff. BGB gegeben ist.

1. Konzeption des BGB

Mit der Frage nach dem Schadensbegriff ist eine der grundsätzlichen Kontroversen des Schadensrechts angesprochen, deren Ursprung darin liegt, daß im Rahmen der §§ 249 ff. BGB der Schadensbegriff nicht ausdrücklich definiert ist.

51) OLG Hamburg, VersR 1977, 87.

52) Ähnlich schon Prölss ZHR 132(1969), 35(72), demzufolge "eine Interessenverletzung und damit ein Schaden nicht vorliegt, wenn der Kläger gerade in einer anstößigen Wahrnehmung seiner Interessen betroffen wird."

53) BGH, aaO (Fußnote 24).

Dazu findet sich bereits in den Motiven als Erläuterung, daß die Festlegung des Schadensbegriffs "ohnedies nicht für alle Fälle und nach allen möglichen auch sonst zweifelhaften Seiten hin durch das Gesetz erfolgen kann"⁵⁴⁾. Die Verfasser des BGB hielten es nicht für angezeigt, den Schadensbegriff gesetzlich zu regeln. Anknüpfungspunkte für eine Definition des Schadens gab es bei Entwicklung der schadensrechtlichen Konzeption des BGB in Form der aus dem gemeinen Recht abgeleiteten sog. Interessenlehre, unter deren Einfluß auch die Verfasser des BGB gestanden haben⁵⁵⁾. Charakteristisch für die Lehre vom Interesse im Rahmen des Schadensersatzrechts⁵⁶⁾ ist die Formulierung von Friedrich Mommsen, der im Jahre 1855 das Interesse definiert hatte als "die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkt ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses zu dem in Frage stehenden Zeitpunkt haben würde"⁵⁷⁾. Eine Formel für den Schadensbegriff im Sinne der Lehre vom Interesse kommt freilich im BGB in keiner Form deutlich zum Ausdruck⁵⁸⁾, so daß sich die Notwendigkeit einer Gleichsetzung von Schaden und Interesse jedenfalls nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt⁵⁹⁾. Ein derartiger Inhalt des Schadensbegriffs läßt

54) Motive II S. 19.

55) Vgl. Schmidt, § 8,1, Athenäum-Zivilrecht I (S. 553); Weyhardt, Diss. S. 29-31; Mertens, S. 18-21; Larenz VersR 1963, 1-2; Th. Raiser, Diss., S. 4; Keuk, Vermögensschaden, S. 15-19; Honseil, JuS 1973, 69-70.

56) Zur Vereinbarkeit dieses Interessenverständnisses mit den ursprünglichen römischrechtlichen Grundlagen vgl. die unterschiedlichen Quelleninterpretationen von Mertens, aaO einerseits, Keuk, aaO und Honseil, aaO andererseits.

57) Mommsen, S. 3.

58) Vgl. Larenz, Festschrift für Nipperdey I, S. 489(500).

59) Coing, SJZ 1950, 865(871).

sich nicht etwa aus § 249 S. 1 BGB entnehmen⁶⁰⁾, wenn es dort heißt, der zum Schadensersatz Verpflichtete habe "den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre." Diese Vorschrift enthält - entsprechend der gesetzgeberischen Vorstellung in den Motiven⁶¹⁾ - keine Bestimmung des Schadensbegriffs, sondern regelt lediglich Art und Weise der Schadensregulierung in Form der Naturalrestitution⁶²⁾ und setzt somit einen zuvor bereits festgestellten Schaden voraus⁶³⁾. Die §§ 249 ff. BGB mögen damit in Anlehnung an die Grundgedanken der Interessentheorie eine vom Gesetzgeber vorgegebene Marschroute darstellen⁶⁴⁾. Die begriffliche Abgrenzung des Schadens im einzelnen bleibt nichtsdestoweniger einer fortlaufenden und kontroversen Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur überlassen, deren Ende nicht abzusehen ist⁶⁵⁾.

Eines der in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Probleme ist die Frage, inwieweit die Ergebnisse einer "natür-⁶⁶⁾ lichen", der Rechtsordnung vorgegebenen⁶⁷⁾ Schadensbetrachtung durch rechtliche Wertungen innerhalb des Schadensbe-

60) So aber v. Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 5; Bydlinski, Schadensverursachung, S. 25.

61) Nachweis oben Fußnote 54.

62) Fabricius, JuS 1962, 224 (225 Fn. 8); Ha sen, Schadensbegriff, S. 15; vgl. auch Keuk, aaO und Honsell, aaO, die hervorheben, daß die Verfasser des BGB nicht etwa einen Schadensbegriff im Sinne der Formulierung Mommsens als gesetzliche Regelung übernehmen wollten.

63) Neuwald, Diss. S. XVIII.

64) So Esser-Schmidt, § 31 I 1 (S. 129).

65) Vgl. z.B. den Überblick bei Baur, Festschrift für Raiser (1974), S. 119 ff.

66) Vgl. Esser-Schmidt, § 31 II 1 (S. 131); Larenz, Schuldrecht I, § 27 II a (S. 346/347); Mertens, S. 12.

67) Vgl. Paulus, Dig. 50, 17 (de diversis regulis iuris antiquis), 24: "quatenus cuius intersit, in facto, non in iure consistit".

griffs zu korrigieren sind⁶⁸⁾. Eine solche "normative Korrektur"⁶⁹⁾ führt möglicherweise für die Fälle des entgangenen Gewinns aus sittenwidrigen Geschäften zu dem Ergebnis, das Vorliegen eines Schadens im Rechtssinne trotz Vorhandenseins einer vermögensmäßigen Schlechterstellung zu verneinen⁷⁰⁾.

2. Änderung der Vermögenslage zum Nachteil des Betroffenen als Charakteristikum eines Vermögensschadens (Differenzhypothese)

Die herkömmliche Auffassung sieht im Vermögensschaden eine reale Verschlechterung der Vermögenslage und ermittelt den Betrag des Schadens in Anlehnung an die Interessentheorie mit Hilfe der sog. Differenzhypothese⁷¹⁾.

Regelmäßig stellt man dabei auf den Vergleich der Gesamtvermögenslage des Geschädigten nach Eintritt des schädigenden Ereignisses mit der hypothetischen Gesamtvermögenslage ab, wie sie ohne das schädigende Ereignis gegeben gewesen wäre. Die Formulierung von H.A. Fischer etwa lautet:

68) Vgl. Mertens, S. 11-15; Fikentscher § 49 III 2 (S. 249); Palandt-Heinrichs 2 c vor § 249.

69) Palandt-Heinrichs, aaO.

70) So LG Hamburg, aaO (Fußnote 50); OLG Hamburg, aaO (Fußnote 51); Prölss, aaO (Fußnote 52).

71) Vgl. BGHZ 27,181(183); 40,345(347); Askenasy, GruchB 70, S. 373/374; v. Caemmerer, Überholende Kausalität, S.5,14; Cantzler AcP 156,29 (31/32); Enneccerus-Lehmann, § 14 I (S. 58); Erman-Sirp, § 249,8; H.A. Fischer, Der Schaden, S. 21; derselbe, Festschrift für Zitelmann 1(12); Frotz, JZ 1963,391; Geigel, Haftpflichtprozeß, S. 83; Heck, Schuldrecht, § 11,4 (S. 37 ff.); Knappe, S. 80 ff.; Leonhard, Schuldrecht I, §§ 58,59 (S. 136,139); Löwe, VersR 1963,307(309); Mandel, S. 19; Mangelsdorff, S. 2; Palandt-Heinrichs 2 vor § 249; Pieper, JuS 1962,409; Porzelt, Diss. S. 232; RGRK-Alff 2 vor § 249; Rosenthal-Bohnenberg, Anh. zu § 249, RdNr. 723; Siber, Schuldrecht, § 10 I 2 (S. 44); Soergel-Schmidt 3 zu §§ 249-253; Stalljohann, Diss. S. 25 ff.; Staudinger-Werner 9 vor § 249; Weycharadt, Diss., S. 25 ff.

"Es wird der Schaden durch eine Rechenoperation festgestellt, nämlich die Vergleichung der gegenwärtigen, infolge des schädigenden Ereignisses hervorgerufenen und einer gedachten, der ohne das Dazwischentreten des Schadensereignisses als vorhanden anzunehmenden Vermögenslage. Die etwaige Differenz dieser beiden Werte ergibt, ob überhaupt ein Schaden eingetreten ist und wie hoch sich derselbe belaufe"⁷²⁾. Wenn damit die Erfassung des Vermögensschadens im Ergebnis auf die Feststellung eines negativen Saldos in der Vermögenslage des Geschädigten hinausläuft, so ändert dies nichts daran, daß der Vermögensschaden inhaltlich in der Summe der durch das Schadensereignis verursachten realen Nachteile besteht, soweit diese sich bei rechnerischer Bewertung in Geld als Vermögensdifferenz niederschlagen⁷³⁾. Der auf der Grundlage der Differenzhypothese festgestellte Vermögensschaden ergibt also zwar letztlich einen Geldwert; der Vermögensschaden ist deshalb aber nicht etwa selbst eine "anonyme, rechnerische Größe, die die einzelnen Schadensposten nicht erkennen läßt"⁷⁴⁾.

Die auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands abstellende Fassung des § 249 Satz 1 BGB läßt allerdings auch die Möglichkeit offen, bei der Schadensfeststellung im Rahmen einer Differenzrechnung von vornherein auf den konkreten Einzelposten abzustellen, der von dem Verletzungsereignis berührt worden ist⁷⁵⁾. Eine Gesamtvermögensrech-

72) H.A. Fischer, Der Schaden, aaO.

73) Vgl. Stoll, Begriff und Grenzen, S. 17.

74) So aber Honseil, JuS 1973, 69(70) im Anschluß an Keuk, Vermögensschaden, S. 15.

75) vgl. Larenz, VersR 1963, 1(2); ders. Schuldrecht I, § 29 I (S. 385); Esser-Schmidt, § 31 II 1 (S. 132).

nung ist etwa entbehrlich, wenn es nicht um die betragsmäßige Ermittlung eines Vermögensschadens in Geld geht, sondern soweit die Verletzung eines Vermögensgutes unmittelbar im Weg der Wiederherstellung in Natur ausgeglichen wird⁷⁶⁾. Im übrigen sind bei der praktischen Durchführung des Gesamtvermögensvergleichs ohnehin nur solche Vermögenspositionen einzubeziehen, die durch das schädigende Ereignis beeinflußt worden sind, denn die vom Schadensereignis nicht betroffenen Teile des Vermögens können ohne Auswirkung auf das rechnerische Ergebnis gestrichen werden⁷⁷⁾. Dies versteht sich freilich von selbst⁷⁸⁾ und tut dem Anliegen der Differenzhypothese, alle nachteiligen Auswirkungen des schädigenden Ereignisses auf das Gesamtvermögen zu erfassen, keinen Abbruch. Ein generelles Abstellen allein auf die Beeinträchtigung einzelner Vermögenspositionen ohne Berücksichtigung einer Gesamtvermögensdifferenz findet sich bei Keuk⁷⁹⁾. Danach besteht der Vermögensschaden in der Summe der Bestandteile, "um welche sich das Gesamtvermögen des Geschädigten vor dem Schadensereignis vermindert und um welche dieses sich nicht vermehrt hat"⁸⁰⁾, wobei allerdings Korrekturen

76) Vgl. Walsmann, S. 10 ff.; Oertmann, Vorteilsausgleich S. 6 ff., die freilich den Gesamtvermögensvergleich für Folgeschäden, z.B. entgangenen Gewinn, beibehalten. Vgl. auch Larenz, Schuldrecht I, § 29 I (S. 384/385).

77) Hansen MDR 1978, 361 (362 Fn. 23); Honsell, JuS 1973, 60 (70/71); Wolf, Festschrift für Schiedermair, S. 545 (565), der deshalb im Anschluß an Honsell meint, die Lehre von der Berechnung des Schadens als Gesamtvermögensdifferenz sei eine "Scheinlehre".

78) Vgl. schon H.A. Fischer, Der Schaden, S. 26; Rümelin, Krith. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1904, 189 (197).

79) Keuk, Vermögensschaden, S. 20 ff.

80) Keuk, Vermögensschaden, S. 41.

außerhalb des Schadensbegriffs durch Entwicklung einer besonderen Interessenlehre vorbehalten bleiben⁸¹⁾.

Ergebnis des Schadensbegriffs auf der Grundlage der sog. Differenzhypothese ist die Bejahung eines Schadens, wenn sich - beim Einzel- oder Gesamtvermögensvergleich - eine Differenz zum Nachteil des Betroffenen ergibt und folgerichtig die Verneinung eines Schadens, wenn eine solche Differenz zum Nachteil des Betroffenen nicht festgestellt werden kann. Auf der Grundlage der sog. Differenzhypothese ergibt sich deshalb für die Fälle des entgangenen Gewinns aus sittenwidrigen Geschäften ohne weiteres ein Schaden, nämlich als rechnerische Differenz zweier Güterlagen zum Nachteil desjenigen, dessen hypothetischer Erwerb gehindert worden ist.

3. normativer Schadensbegriff

Eine Reihe von Fallgruppen hat Anlaß gegeben, die Ergebnisse einer Schadensermittlung nach der herkömmlichen Differenzhypothese durch rechtliche Wertungen innerhalb des Schadensbegriffs zu korrigieren. In "Fortbildung des Schadensbegriffs"⁸²⁾ wird im Wege rechtlicher Wertung ein Schaden in Fällen als gegeben angesehen, in denen sich bei einem Vergleich der Güterlagen vor und nach Eintritt des schädigenden Ereignisses eine Schlechterstellung des Betroffenen nicht feststellen läßt oder aber Zweifel am Charakter einer Einbuße als Vermögensschaden bestehen.

81) Keuk, Vermögensschaden, S. 52 ff.; zur Kritik des Schadensbegriffs von Keuk vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 29 I (S. 385 Fußnote 2); Esser-Schmidt, § 31 II 1 (S. 131/132); Hansen, Schadensbegriff, S. 18.

82) Palandt-Heinrichs 2 vor § 249.

Es handelt sich dabei um das Bestreben, "den Schaden aus einer naturalistischen Betrachtungsweise zu befreien und ihn den Zwecken der Haftungsnormen besser dienstbar zu machen, d.h. ihn mehr und mehr normativ zu verstehen"⁸³⁾.

Ansätze zu einer normativen Betrachtungsweise für den Schadensbegriff finden sich bereits bei Neuner⁸⁴⁾ und Wilburg⁸⁵⁾. Mit der Begründung, dem Schadensersatzanspruch sei eine rechtsverfolgende Funktion⁸⁶⁾ zuzusprechen, wurde vorgeschlagen, einen Schaden bei der Verletzung eines Vermögensinteresses ohne Rücksicht darauf anzuerkennen, ob sich bei einem Gütervergleich im Sinne der Differenzhypothese ein Schaden ergebe. Andere Autoren, etwa Bydlinski⁸⁷⁾ und Larenz⁸⁸⁾ haben die These von der rechtsverfolgenden Funktion des Schadensersatzanspruchs zur Begründung einer wertenden Schadensbetrachtung ohne Notwendigkeit einer im Einzelfall stets feststellbaren Vermögenseinbuße fortgeführt. Danach ist der objektive Wert eines verletzten Rechtsguts in jedem Fall als Mindestschaden anzusehen⁸⁹⁾. Zeuner⁹⁰⁾

83) Selb, Schadensbegriff, S. 11.

84) Neuner, AcP 133(1931), 277 ff.

85) Wilburg, IherJb 82(1932), 51(127 ff.).

86) Neuner AcP 133(1931), 277(290).

87) Bydlinski, Schadensverursachung, S. 29 ff.

88) Larenz, Schuldrecht I, § 27 I (S. 346), § 29 I (S. 386/387).

89) Konsequenz dieser Auffassung ist z.B., daß in den Fällen der sog. obligatorischen Gefahrentlastung keine sog. Drittschaden, sondern ein eigener Schaden des Eigentümers vorliegt, vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 29 I (S. 387); Hagen, Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik (1971), S. 185 ff.; Keuk, Vermögensschaden, S. 196 ff.

90) Zeuner, AcP 163, 380(394 ff.); ders. in Gedächtnisschrift für Dietz (1973), S. 99(118); dazu Baur, Festschrift für Raiser (1974) S. 130/131.

begründete die These, bereits der bloße "Bedarf" des Verletzten stelle einen ersatzfähigen Schaden dar, ohne daß es darauf ankomme, ob der Verletzte tatsächlich Aufwendungen zur Deckung des durch das Verletzungsereignis ausgelösten Bedürfnisses gemacht habe. Am weitestgehenden meint Selb⁹¹⁾, eine künftige Gesellschaft, in welcher der einzelne gegen Wechselfälle des Lebens weitgehend durch soziale Versorgungseinrichtungen geschützt sei, werde den Verletzer von Rechtsgütern zwar zu irgendeiner Ausgleichsleistung heranziehen. "Den herkömmlichen Schadensbegriff wird sie dabei aber opfern müssen"⁹²⁾.

Als Beispiele zur Argumentation mit dem normativen Schadensbegriff⁹³⁾ sollen folgende Fallgruppen dienen:

Ansprüche eines verletzten Angestellten auf Ersatz seines Gehalts trotz Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber⁹⁴⁾. Ansprüche einer verletzten Ehefrau wegen Ausfalls ihrer Lei-

91) Selb, Schadensbegriff, S. 49/50.

92) Selb, aa0; ausführlich zur Entwicklung und Kritik des normativen Schadensbegriffs Mertens, S. 50 - 110.

93) Expressis verbis für einen "normativen Schadensbegriff" etwa: BGHZ 43,378(381); 50,304(305/306); 51,109(111); 54,45(49); Palandt-Heinrichs, aa0 (Fußnote 82); Erman-Sirp, § 249,13; RGRK-Alff 2 ff. vor § 249; Medicus, Studienkommentar zum BGB, §§ 249-251 II 4; Deutsch, Haftungsrecht § 25 II, S. 419 ff.; Selb, aa0; Hansen, Schadensbegriff, S. 1 ff (96); ders. MDR 1978, S. 361 ff.; Stürner, VersR 1976, 1012/1013; gegen einen "normativen Schadensbegriff" insbesondere: Mertens, aa0; Kollhosser AcP 166,277(298); Hagen JuS 69,61(69); Schmidt, Athenäum-Zivilrecht I, S. 464(559 ff.); ders. Esser-Schmidt, § 35 II (S. 135 ff.); Keuk, Vermögensschaden, S. 41 ff.; Baur, Festschrift Raiser, S. 119 ff.; Wolf, Festschrift Schiedermair, S. 545 ff.

94) BGHZ 7,30; 21,112; 43,378; Palandt-Heinrichs, 2 c,aa vor § 249; Erman-Sirp, § 249, 13/14; RGRK-Alff 5 vor §§ 249-255; Esser-Schmidt, § 31 II (S. 136/137); Baur, Festschrift für Raiser (1974) S. 133/134.

stungen im Haushalt, wenn die Kosten einer Aushilfskraft vom Ehemann getragen oder eine Aushilfskraft überhaupt nicht entlohnt wurde⁹⁵⁾. Ansprüche auf Ersatz von Nutzungsausfall bei Kraftfahrzeugen⁹⁶⁾. Ansprüche auf Ersatz sonstiger Interessen wie Lebens-, Urlaubs- oder Jagdfreuden⁹⁷⁾.

a. Lohnfortzahlungsfälle

Für den Fall des verletzten Angestellten, dem ein Anspruch gegen den Schädiger auf Ersatz des Gehalts trotz Lohnfortzahlung zugesprochen wird, führt der BGH⁹⁸⁾ aus, der Boden rein rechnerischer Überlegungen sei zugunsten einer wertenden Betrachtung verlassen. Der Schaden des verletzten Arbeitnehmers ergebe sich mangels wirtschaftlicher Einbuße nicht als Differenz zweier Vermögenslagen. Gleichwohl sei die Annahme eines Schadens "unabweislich". Rechnerische Überlegungen könnten zwar nur dazu führen, daß der Schaden bei Fortzahlung des Lohnes gleich Null sei. Der gleichwohl zu bejahende "normative Schaden" sei deswegen, "was der Verletzte in seinem konkreten Arbeitsver-

95) BGHZ 38,55; 50,304; 51,109; RGRK-Alff 6 vor § 249; Esser-Schmidt § 31 II (S. 139/140); Baur, Festschrift für Raiser (1974), S. 127; Hagen JuS 69,61 ff., Kilian, Schadensersatzansprüche wegen Beeinträchtigung der Haushaltsführung, AcP 169,443 ff.

96) BGHZ 40,345; 45,212; 56,214; 63,203; 65,170; Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, S. 18 ff.; Grunsky, Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens, S. 30 ff.; Detlevsen, Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile (1969); Löwe VersR 1963, 307; ders. NJW 1964,701; Bötticher, VersR 1966,301; Stoll, JuS 1968,504; ders. Begriff und Grenzen, S. 28/29; Keuk, Vermögensschaden, S. 208 ff.; Schmidt-Salzer BB 1970,55; Werber AcP 173,158; Palandt-Heinrichs 2 b,bb vor § 249; Erman-Sirp § 249,15/71; RGRK-Alff 4 vor § 249.

97) BGH-NJW 1956,1234 (Seereise); BGHZ 55,146 (Jagdausübung); 63,98 (Urlaub); 63,393 (Pelzmantel); 66,277 (Wohnhaus); Grunsky, NJW 1975,609 ff.; Stoll, JZ 1975, 252 ff.; Honseil, JuS 1976,222 ff.; Köndgen, AcP 177 (1977), 1 ff.; Küppers, VersR 1976,604 ff.; Palandt-Heinrichs, 2 b, aa-dd vor § 249; Erman-Sirp, § 249,71; RGRK-Alff 8 vor § 249.

98) BGHZ 43,378(381) - oben Fußnote 93.

hältnis durch die Verwertung seiner Arbeitskraft laufend erworben hat und nunmehr trotz ihres zeitweiligen Ausfalls tatsächlich nicht verliert"⁹⁹⁾.

Die Begründung des BGH für die Annahme eines Schadens trotz Fehlens jeder feststellbaren vermögensmäßigen Einbuße folgt damit schlicht aus der Feststellung, die Annahme eines Schadens sei "unabweislich". Der BGH will damit im Ergebnis sicherstellen, daß der Arbeitgeber, welcher ohne Gegenleistung den Lohn fortgezahlt hat, diesen Verlust voll liquidieren kann, und zwar auf dem Wege über einen in der Person des Angestellten entstandenen Schadensersatzanspruch. Zur Erzielung dieses Ergebnisses ist jedoch die fiktive Konstruktion eines eigenen Verdienstausschlagschadens beim Angestellten keineswegs unumgänglich. Verneint man einen eigenen Schaden des Angestellten wegen Fehlens irgendeiner Einbuße im Sinne der Differenzhypothese, so stehen für die Begründung eines Ersatzanspruchs die herkömmlichen Regeln der Drittschadensliquidation¹⁰⁰⁾ zur Verfügung: In den Fällen der Lohnfortzahlung darf der Schädiger keinen Vorteil daraus ziehen, daß der Schaden aufgrund arbeitsrechtlicher Bestimmungen nicht in der Form des Verdienstausschlagschadens beim Angestellten, sondern in der Form des Verlustes der Gegenleistung für den gezahlten Lohn beim Arbeitgeber eintritt¹⁰¹⁾. Bei Ablehnung eines eigenen Verdienstausschlagschadens beim Arbeitnehmer ist mithin der beim Arbeitgeber

99) BGHZ, aaO.

100) vgl. Palandt-Heinrichs 6 vor § 249; Erman-Sirp, § 249, 49 ff.; Soergel-Reimer Schmidt, §§ 249-253, 93 ff.; Staudinger-Werner, 88 ff. vor § 249; Medicus, Bürgerliches Recht, RdNr. 838 ff.; Larenz, Schuldrecht I, § 27 IV b (S. 371 ff.); Fikentscher, § 50 II 3 (S. 263 ff.); Berg, NJW 1978, 2018/2019.

101) So zutreffend Larenz, Schuldrecht I, § 30 II d (S. 422/423); Mertens, S. 192 Fußnote 95.

eingetretene Schaden¹⁰²⁾ nach herkömmlichen Regeln ersatzfähig, ohne daß es der Konstruktion eines Verdienstausfallschadens beim Arbeitnehmer trotz Fehlens jeder wirtschaftlichen Einbuße bedarf¹⁰³⁾.

b. Beeinträchtigung der Haushaltsführung

Für Ersatzansprüche wegen Wegfalls der Leistungen im Haushalt bei Verletzung der Ehefrau hat der BGH¹⁰⁴⁾ zunächst klargestellt, daß solche Ansprüche spätestens seit Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes dem Grunde nach der Ehefrau (und nicht etwa nach § 845 BGB dem Ehemann) zustehen. Zur Begründung eines Ersatzanspruchs auch in den Fällen, in denen die Kosten für eine Aushilfskraft vom Ehemann getragen wurden oder aber eine Aushilfskraft überhaupt nicht eingestellt worden ist, hat der BGH dann ausgeführt¹⁰⁵⁾: "Die Sub-

102) Das ist im Rahmen der Drittschadensliquidation nur derjenige Schaden, der typischerweise beim Verletzten hätte eintreten müssen und lediglich aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses in der Person des Dritten entstanden ist, da das Institut der Drittschadensliquidation nicht zu einer Erweiterung der Belastung des Schädigers führen darf (vgl. BGH NJW 1968, 1931; Palandt-Heinrichs 6 b vor § 249; Medicus, Bürgerliches Recht, RdNr. 841). In den Fällen der Lohnfortzahlung ist damit ersatzfähig zwar der volle Lohnaufwand, nicht aber z.B. Schäden aufgrund entgangener Aufträge usw. Dies verkennt Hagen, JuS 1969, 61(65), der den Ersatz der letztgenannten Schäden als unerwünschte Konsequenz der Drittschadensliquidation in Lohnfortzahlungsfällen bezeichnet.

103) Mertens, aaO; mit Abweichungen in der Begründung für Drittschadensliquidation auch Kollhosser, AcP 166, 277 ff.

104) BGHZ 50, 304(305/306).

105) BGHZ 50, 304(306).

jektbezogenheit des Ersatzanspruchs findet zugleich ihre Rechtfertigung als Ausstrahlung des in der neueren Rechtsprechung entwickelten normativen Schadensbegriffs... Inhaltlich gilt auch für den jetzigen Anspruch der normative Schadensbegriff, wie er ... in Abkehr von der reinen Differenzhypothese sich auch anderweitig durchgesetzt hat, insbesondere beim Schadensersatzanspruch des verletzten Arbeitnehmers trotz Lohnfortzahlung." Im Unterschied zu den Fällen des Verdienstausfallersatzes trotz Lohnfortzahlung geht es jedoch hier sachlich nicht um den Ersatz eines verlagerten Schadens. Eine solche Frage könnte sich nur dann stellen, wenn es für die Zubilligung des Ersatzanspruchs entscheidend wäre, ob tatsächlich Kosten für eine Aushilfskraft entstanden sind: Hat dann "zufällig" der Ehemann die Kosten der Aushilfskraft getragen, so dürfte nach den Regeln der Drittschadensliquidation¹⁰⁶⁾ eine solche Verlagerung des Schadens den Schädiger nicht entlasten. Mit der Verwendung des normativen Schadensbegriffs begründet der Bundesgerichtshof¹⁰⁷⁾ jedoch das weitergehende Ergebnis, daß ein Schadensersatzanspruch der verletzten Ehefrau wegen Wegfalls ihrer Leistungen im Haushalt auch dann gegeben ist, wenn keine Ausgaben für eine Aushilfskraft entstanden sind, z.B. weil Familienangehörige die Haushaltsarbeiten kostenlos erbracht haben.

Es geht hier im Kern um die Frage, ob die weggefallene Arbeitsleistung der Ehefrau im Haushalt Vermögenswert hat; andernfalls käme ein Geldersatz nicht in Betracht (§ 253 BGB). Dazu meint allerdings Zeuner¹⁰⁸⁾, es könne "schwerlich auf die mehr rechtstechnische Frage ankommen, ob hinsichtlich des Interesses der Frau an der Entfaltung ihrer

106) Nachweise dazu oben Fußnote 100.

107) BGHZ, aaO.

108) Zeuner, Gedächtnisschrift für Dietz, S. 99 (110).

Tätigkeit ein eigenständiges Vermögensrecht anzunehmen ist." Der Aspekt der Unmeßbarkeit immaterieller Schäden, auf dem der grundsätzliche Ausschluß des Geldersatzes für diese Schäden vor allem beruhe, betreffe diejenigen Nachteile nicht, die jedenfalls darin einen "Bezug zum Vermögen" haben, daß sich in der Regel ein Ersatz für das Entgangene gegen Geld beschaffen läßt¹⁰⁹⁾. Das Gesetz verpflichtet jedoch in § 253 BGB zu der Unterscheidung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden¹¹⁰⁾. Eine gesetzliche Rechtfertigung für die Anerkennung einer dritten Kategorie von Schäden, die durch einen "Bezug zum Vermögen" gekennzeichnet sein sollen, ist nicht vorhanden. Die für den Ersatzanspruch der Ehefrau mithin entscheidende Frage, ob die weggefallene Arbeitsleistung der Ehefrau im Haushalt Vermögenswert hat, bejaht der BGH, wenn er einen in Geld ersatzfähigen Schaden trotz Fehlens irgendwelcher Aufwendungen für eine Ersatzkraft anerkennt. Für die Begründung dieses Ergebnisses mit dem Kürzel "normativer Schadensbegriff" gilt hier, was Selb bereits hervorhob, nämlich, daß mit der Bezeichnung des Schadens als eines normativen Begriffs "im Grunde noch nichts gesagt"¹¹¹⁾ ist. Der Bundesgerichtshof verzichtete nichtsdestoweniger auf eine darüber hinausgehende sachliche Begründung. Die entscheidende Wertung - die Anerkennung der Arbeitsleistung

109) Zeuner, Gedächtnisschrift für Dietz, 99(116); vgl. ferner Grunsky, Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens S. 36/37; Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, S. 21/22; Medicus, Bürgerliches Recht, RdNr. 822.

110) Diederichsen, Festschrift für Klingmüller, S. 65 (72/73).

111) Selb, Karlsruher Forum 1964, S. 3(39).

im Haushalt als Vermögenswert¹¹²⁾ wird durch das inhaltslose Kürzel "normativer Schadensbegriff" verdeckt und bleibt in den Gründen der Entscheidung unausgesprochen.

c. Nutzungsausfall bei Kraftfahrzeugen, sonstige Interessen mit fraglichem Vermögenswert

Zum Problemkreis des Ersatzes für Einbußen, deren Charakter als Einbußen am Vermögen in Frage gestellt werden kann, gehören im Zusammenhang mit dem normativen Schadensbegriff - neben den Fällen des Ersatzes für Arbeitsleistungen der Ehefrau im Haushalt - der Ersatz von Nutzungsausfall bei Entziehung eines Kraftfahrzeugs¹¹³⁾ und ferner der Fragenkreis des Ersatzes für die Beeinträchtigung sonstiger Interessen wie Leben-, Urlaubs- oder Jagdfreuden¹¹⁴⁾. Die stets entscheidende Frage besteht darin, ob der jeweiligen Einbuße als solcher bereits ein Vermögenswert zukommt, oder aber ob es sich - solange der Betroffene nicht tatsächlich geldwerte Aufwendungen gemacht hat - um bloße Einbußen immaterieller Art handelt, für die ein Ersatz in Geld ausgeschlossen ist (§ 253 BGB).

112) Zum Streit um den Charakter der Arbeitskraft als Vermögenswert vgl. ablehnend: BGHZ 54,45; Knobbe-Keuk, VersR 1976,401(406); Mertens, S. 152; Palandt-Heinrichs 2 b, ee vor § 249; grundsätzlich zustimmend: BAG JZ 1971,377 ff.; Hagen, JuS 1969,61(67); Grunsky, Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens, S. 73; Baur, Festschrift für Raiser, S. 119(128); Esser-Schmidt, § 31 II (S. 137 ff.).

113) Literaturnachweise oben Fußnote 96.

114) Literaturnachweise oben Fußnote 97.

In den genannten Fallgruppen liegen Einbußen auf Seiten des Betroffenen vor. Derjenige, dem die Gebrauchsvorteile eines Kraftfahrzeugs, eines Pelzmantels, einer Jagd oder etwa Urlaubsfreuden entzogen wurden, ist objektiv schlechter gestellt als er ohne den Entzug dieser Vorteile gestanden hätte. Nach allgemeinem Sprachgebrauch liegt damit ein "Schaden" vor (vgl. oben Seite 11). Besondere rechtliche Wertungen sind insoweit nicht anzustellen. Die Rechtsfrage, ob derartige Schäden ihrer Art nach Vermögensschäden und damit in Geld ersatzfähig sind, ist im Wege der Interpretation des Begriffs "Vermögen" zu lösen¹¹⁵⁾. Rechtliche Wertungen sind zur Abgrenzung zwischen materiellen und ideellen Werten unumgänglich. Eine grundsätzliche Abkehr von der Differenzhypothese ist deshalb jedoch nicht erforderlich: Mit der Qualifikation eines bestimmten Vorteils als Vermögenswert ist auch die Möglichkeit gegeben, diesen Wert rechnerisch in eine Vermögensbilanz einzustellen und durch Vergleich der Güterlagen des Betroffenen im Wege einer Differenzrechnung den Vermögensschaden festzustellen. Das Ausweichen auf den normativen Schadensbegriff führt hier zu einer vermeidbaren Unschärfe in Fragestellung und Argumentation; es eröffnet letztlich einen Weg für unkontrollierbare Billigkeitsentscheidungen von Fall zu Fall¹¹⁶⁾.

115) Zum Vermögensbegriff vgl. ausführlich Mertens, S. 121 ff.; ferner Keuk, Vermögensschaden, S. 217 ff.; Larenz, Schuldrecht I, § 29 I c (S. 387 ff.); Köndgen, AcP 177,1 (15/16) - jeweils mit unterschiedlichen Interpretationen - vgl. aus der neueren Rechtsprechung die oben Fußnoten 96/97 genannten BGH-Entscheidungen.

116) Vgl. Mertens, S. 89 ff., 91; Keuk, Vermögensschaden, S. 42; Schmidt, Athenäum - Zivilrecht I S. 464 (562/563): Danach ist der normative Schadensbegriff "ein gefügiges Instrument in den Händen der Praktiker, die je nach den angeblichen besonderen Umständen des konkreten Sachverhalts Ersatz zusprechen können, wann immer es ihnen "geboten" erscheint" (Schmidt, aaO).

d. Gewinn aus sittenwidrigen Geschäften

Das Landgericht Hamburg¹¹⁷⁾ und das Oberlandesgericht Hamburg¹¹⁸⁾, welche für den Fall des entgangenen Gewinns aus sittenwidrigen Geschäften aufgrund rechtlicher Bewertung einen Schaden verneinen, haben damit den Gedanken des normativen Schadensbegriffs um eine wesentliche Variante erweitert:

Bisher wurde die Figur des normativen Schadensbegriffs, soweit ersichtlich, ausschließlich zur Begründung von Ersatzansprüchen in Fällen verwandt, in denen sich nach der Differenzhypothese entweder überhaupt kein Schaden feststellen ließ oder aber der Vermögenscharakter eines Schadens zweifelhaft sein konnte. Jetzt soll durch Wertungen innerhalb des Schadensbegriffs ein Schaden dort verneint werden, wo er nach der Differenzhypothese - und nach allgemeinem Sprachgebrauch - ohne weiteres festzustellen ist. Der normative Schadensbegriff öffnet für diese Variante den erforderlichen Interpretationsspielraum: Irgendeine begriffliche Schranke für die Interpretation des normativen Schadensbegriffs gibt es nicht¹¹⁹⁾. Der normative Schadensbegriff enthält keinerlei subsumtionsfähige Elemente und ist deshalb für jede Art einer Subsumtion untauglich. Das sprachliche Charakteristikum eines Schadens, nämlich irgendeine feststellbare Einbuße¹²⁰⁾, ist zur Ausfüllung des normativen Schadensbegriffs nicht erforderlich. Dann kann aber in der Tat auch das Vorliegen einer solchen Einbuße kein Hindernis sein, einen Schaden gleichwohl zu verneinen. Die Existenz eines Schadens beurteilt sich auf der Grundlage des normativen Schadensbegriffs frei,

117) LG Hamburg, aaO (Fußnote 50).

118) OLG Hamburg, aaO (Fußnote 51).

119) Mertens, aaO; Keuk, aaO; Schmidt, aaO - alle Fußnote 116.

120) Vgl. oben Fußnote 49.

d.h. ohne Bindung an den Gedanken des Ausgleichs für festgestellte Einbußen¹²¹⁾ nach rechtlichen Wertungen, deren Kriterien weder einem natürlichen Schadensverständnis noch der Formel vom normativen Schadensbegriff entnommen werden können. Die Kriterien für die getroffenen Wertungen liegen außerhalb des Schadensbegriffs, und zwar in einer unbestimmten Vielzahl von Gründen, welche die Zubilligung eines Ersatzanspruchs mehr oder weniger gerechtfertigt erscheinen lassen. In dem solcherart geschaffenen Freiraum ist die Verneinung eines Schadens nichts weiter als konsequent, wenn beliebige rechtliche Wertungen den Ersatz einer bestimmten Einbuße als ungerechtfertigt erscheinen lassen.

Die Anerkennung eines solchen Freiraumes für die Interpretation des Schadens, offen für beliebige Wertungen anhand von Kriterien außerhalb des Schadensbegriffs, ist jedoch nach geltendem Recht fragwürdig¹²²⁾: Das BGB bezeichnet den Schaden als Tatbestandsmerkmal¹²³⁾ seiner Haftungsnormen. Wenn es dabei auch auf eine Definition

121) Zum Ausgleichsgedanken im Schadensersatzrecht vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 27 I (S. 342 ff.); Deutsch, Haftungsrecht I, S. 418/419; Esser-Schmidt, § 30 II (S. 120, 122); Neuwald, Diss, S. 19, 33; Mertens, S. 227; Diederichsen, Festschrift für Klingmüller, S. 65 (78 ff.).

122) Einen Verstoß gegen das Gesetz erkennt Hagen, aaO (Fußnote 93), zutreffend bereits in der Annahme eines Verdienstausschlagschadens ohne Verdienstausschlag. Ebenso Diederichsen, aaO (Fußnote 110) für die Aufhebung der Unterscheidung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden (§ 253 BGB) mit Hilfe des sog. Kommerzialisierungsgedankens (vgl. dazu: Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, S. 33; Köndgen, AcP 177, 1, 14; einschränkend jetzt BGHZ 66, 277, 279/280 unter Hinweis auf § 253 BGB).

123) Mertens, S. 89/90, ähnlich Hansen, Schadensbegriff, S. 90 ff., weisen zutreffend darauf hin, daß auch die Möglichkeit einer Schätzung des Schadens nach § 287 ZPO nichts am Charakter des Schadens als Tatbestandsmerkmal ändert: Wer Rechte eines anderen verletzt hat, braucht nach dem BGB nichts zu ersetzen, wenn der Schaden gleich Null ist (Mertens, aaO).

des Schadens verzichtet hat, so verbietet die gesetzliche Qualifikation des Schadens als Tatbestandsmerkmal des Haftungsrechts doch eine Schadensinterpretation, wonach der Schaden aufgrund freier Wertung beliebig bejaht oder verneint werden kann, je nachdem ob die Zubilligung oder Ablehnung eines Ersatzanspruchs für gerecht gehalten wird. Es ist deshalb zwischen der Frage nach der Existenz eines Schadens und der Frage seiner Ersatzfähigkeit, z.B. als Drittschaden, Vermögensschaden oder entgangener Gewinn aus sittenwidrigen Geschäften, zu unterscheiden. Wertungen, denen zufolge die Ersatzfähigkeit eines Schadens bejaht oder verneint werden soll, können sich nur an Kriterien außerhalb des Schadensbegriffs orientieren und sind dementsprechend getrennt von der Frage nach der Existenz des Schadens zu untersuchen. Dies gilt für Wertungen, die zu einem Ersatz ohne Einbuße des Verletzten führen sollen ebenso wie für Wertungen, welche - trotz Vorliegens einer vermögenswerten Einbuße - die Ablehnung eines Ersatzanspruchs begründen sollen. Ein Vermögensschadensbegriff, der einen subsumtionsfähigen Inhalt hat, darf ohne Feststellung einer vermögenswerten Einbuße beim Betroffenen nicht zur Fiktion eines Schadens führen, und er muß umgekehrt die Anerkennung eines Schadens zur Folge haben, wenn eine vermögenswerte Einbuße beim Betroffenen festgestellt ist¹²⁴⁾.

124) Eine Umschreibung für den Schadensbegriff muß sich auf das Charakteristikum der mittels einer Differenzbetrachtung feststellbaren Einbuße beschränken. Beispiel dafür ist die Formulierung von Wolf, Festschrift für Schiedermaier, S. 545(577/578): "Ein Schaden ist daher zu erkennen als der für einen Menschen nachteilige Unterschied zwischen einem durch ein bestimmtes Ereignis begründeten (realen) Sachverhalt und einem (hypothetischen) Sachverhalt, der bei Nichteintritt dieses Ereignisses in einem späteren Zeitpunkt existieren würde. Je entsprechend der Art des Schadens sind hierbei für diesen späteren Zeitpunkt der reale und der hypothetische Sachverhalt in einem einzelnen Gegenstand, in mehreren in besonderer Weise miteinander verknüpften Gegenständen oder in einer Gesamtheit von Gegenständen miteinander zu vergleichen." Mit der Anerkennung der feststellbaren Einbuße als Charakteristikum des Schadens ist für die Lösung schadensrechtlicher Zweifelsfragen nicht viel gewonnen. Es ist jedoch die Grenze markiert, über welche hinaus eine Interpretation des Merkmals "Schaden" im Tatbestand von Haftungsnormen ausgeschlossen ist.

Damit ergibt sich für die Fälle des entgangenen Gewinns aus sittenwidrigen Geschäften: Bei dem solchermaßen entgangenen Gewinn handelt es sich um einen Schaden im Sinne der §§ 249, 252 BGB¹²⁵⁾.

II. Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns aus sittenwidrigen Geschäften

Das BGB unterscheidet innerhalb der §§ 249 ff. BGB nicht danach, ob ein bestimmtes Vermögensinteresse als sozial anerkennenswert oder nützlich, d.h. mehr oder weniger schutzwürdig, einzustufen ist. Es gilt das Prinzip der sog. Totalreparation, wonach bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Norm, welche Ansprüche auf Schadensersatz begründet, grundsätzlich der gesamte aus der Verletzungshandlung resultierende Schaden zu ersetzen ist¹²⁶⁾. Ein Anspruch, der darauf gestützt wird, daß ein erwarteter Erwerb wegen eines zum Schadensersatz verpflichtenden Tatbestands unterblieben ist, hat somit nicht zur Voraussetzung, daß der Erwerb das Entgelt für eine wirtschaftlich oder sozial positiv zu bewertende Leistung darstellt. Der entgangene Erwerb ist jedenfalls dann ersatzfähig, wenn er ohne das zum Ersatz verpflichtende Verhalten durch ein wertneutrales oder auch aus sozialer Sicht unnützes Verhalten des Geschädigten erzielt worden wäre¹²⁷⁾. Die Ent-

125) Ebenso BGH aaO (Fußnote 24); a.A. LG Hamburg, aaO (Fußnote 50); OLG Hamburg, aaO (Fußnote 51); Prölss, aaO (Fußnote 52).

126) Vgl. Palandt-Heinrichs 3 vor § 249; Medicus, Studienkommentar zum BGB, §§ 249-251 I 1 a; Esser-Schmidt, § 30 I 1 (S. 112); Deutsch, Haftungsrecht I, S. 418/419; Mertens, S. 105 ff.

127) BGH aaO (Fußnote 24); vgl. ferner Mertens S. 184/185: "Bezieht sich der Ausfallwert darauf, daß das Vermögenssubjekt ohne den Schaden einen Gewinn in bestimmter Höhe gemacht oder einen bestimmten Verlust nicht erlitten hätte, so ist normalerweise eine Interessenabwägung ausgeschlossen. § 252 BGB stellt hier klar, daß das Profitstreben, soweit es sich in rechtlichen Grenzen hält, dem BGB als sakrosankt gilt."

scheidung über das "ob" eines Schadensausgleichs fällt dementsprechend im Grundsatz auf der Ebene der Haftungsbegründung, z.B. ein Vertrags- oder Deliktsrecht. Es dürfte in diesem Zusammenhang zu weit gehen, das Schadensrecht überhaupt nicht mehr als Ort für eine Ausgleichs- und Verteilungsdiskussion anzusehen¹²⁸⁾. Denn es bleiben innerhalb des Schadensrechts zahlreiche Wertentscheidungen zu treffen, etwa im Bereich des Ersatzes von Drittschäden¹²⁹⁾, der Abgrenzung zwischen materiellen und ideellen Einbußen¹³⁰⁾, der sog. Vorteilsausgleichung¹³¹⁾, der Frage nach der Berücksichtigung von sog. Reserveursachen¹³²⁾ oder nur der Minderung von Ersatzansprüchen unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens (§ 254 BGB). Eine wertende Entscheidung ist in gleicher Weise für die Beantwortung der Frage nach der Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns aus sittenwidrigen Geschäften erforderlich. Mit der Anerkennung eines Schadens in den Fällen des entgangenen Gewinns aus sittenwidrigen Geschäften ist aber eine bestimmte Marschroute für die erforderliche Wertentscheidung abgesteckt: Da nach dem Tenor einer Haftungsnorm, deren Tatbestand dem Grunde nach erfüllt ist, der aus der Verletzungshandlung resultierende Schaden zu ersetzen ist, erfordern Einschränkungen des auszugleichenden Schadens eine gesetzliche Grundlage. Eine Wertentscheidung, welche einen Schaden in der Form des entgangenen Erwerbs wegen Beeinträchtigung sittenwidriger Geschäfte vom gesetzlich vorgesehenen

128) So aber Esser-Schmidt, § 30 I 2 (S. 113).

129) Vgl. oben Fußnote 100.

130) Vgl. oben Fußnoten 96/97.

131) Zur Vorteilsausgleichung Palandt-Heinrichs 7 vor § 249; Erman-Sirp § 249, 108 ff.; RGRK-Alff 32 ff. vor § 249; Soergel-Reimer Schmidt §§ 249-253, 48 ff.; Staudinger-Werner §§ 102 ff. vor § 249; Medicus, Bürgerliches Recht, RdNr. 848 ff.; Deutsch, Haftungsrecht I, S. 452 ff.

132) Dazu Palandt-Heinrichs 5 f. vor § 249; Erman-Sirp, § 249, 42 ff.; RGRK-Alff 21 ff. vor § 249; Soergel-Reimer Schmidt §§ 249-253, 66 ff.; Staudinger-Werner 46 ff. vor § 249; Medicus, Bürgerliches Recht, RdNr. 854 ff.; Fikentscher § 55 IV, S. 297 ff.; Deutsch, Haftungsrecht I, S. 167 ff.

Ausgleich ausschließt, muß sich deshalb auf gesetzliche Grundlagen stützen können¹³³⁾. Es bleibt zu untersuchen, ob sich derartige gesetzliche Einschränkungen feststellen lassen.

1. Parallele zu den Fällen, in denen ein Gewinn unter Verletzung von Rechtsvorschriften hätte erzielt werden sollen

Das Gesetz stellt in den §§ 134, 138 BGB gesetz- und sittenwidrige Rechtsgeschäfte hinsichtlich ihrer Nichtigkeit gleich. Eine ähnliche Gleichsetzung findet sich in § 817 BGB für die Berücksichtigung der Gesetz- und Sittenwidrigkeit im Zusammenhang mit der Rückforderung von Leistungen. Möglicherweise lassen sich Regeln, welche für den Ersatz von entgangenen Gewinnen gelten, welche unter Verletzung von Rechtsvorschriften hätten erzielt werden können, im Wege einer Parallelwertung auf den Ersatz von entgangenem Gewinn aus sittenwidrigen Geschäften übertragen. Dabei scheidet ein Ersatzanspruch in den Fällen der Verhinderung eines durch rechtswidriges Verhalten angestrebten Erwerbs stets schon aus tatsächlichen Gründen aus, wenn der Verletzte auch ohne das schädigende Ereignis - z.B. durch die zuständige Behörde - an dem geplanten gesetzwidrigen Erwerb gehindert worden wäre. Ein Ersatzanspruch könnte aber gegeben sein, wenn der Verletzte geltend macht, seine geplante Erwerbshandlung sei zwar unerlaubt, er hätte sie aber ohne das Dazwischentreten des schädigenden Ereignisses gleichwohl tatsächlich mit Gewinn durchgeführt, jedenfalls aber sei eine solche Gewinnerzielung den Umständen nach wahrscheinlich gewesen (§ 252 BGB). In diesem Zusammenhang lassen sich unterschiedliche Fälle des entgangenen rechtswidrigen Gewinns denken, in denen die Entscheidung nicht stets offen auf der Hand liegt.

133) Diederichsen wendet sich dagegen, in den Fragen des Schadensersatzrechts weitgehend "die sozial angemessenste Lösung in freier Rechtsfindung zu entwickeln." Die zu entscheidenden Fälle sind - auch im Schadensrecht - als Fragen der Gesetzesinterpretation zu verstehen, Diederichsen, Festschrift für Klingmüller, S. 65(67).

Ein Ersatz des entgangenen Gewinns scheidet etwa ohne Zweifel dort aus, wo die Rechtsordnung ein bestimmtes Verhalten als untragbar sozialschädlich ansieht und deshalb als kriminelles Unrecht wertet. Der bei einem Unfall verletzte Berufsverbrecher kann daher den Gewinn am geplanten Straftat vom Schädiger nicht ersetzt verlangen¹³⁴⁾, ebenso wenig der durch Fremdverschulden verletzte Schwarzarbeiter, dem durch das Schadensereignis regelmäßig Einkünfte aus strafbarer Tätigkeit (vgl. Gesetz zur Beschränkung der Schwarzarbeit vom 30. März 1957, BGBl I S. 315) entzogen worden sind¹³⁵⁾. Zweifel können sich dagegen ergeben, wenn die durch das schädigende Ereignis verhinderte Erwerbstätigkeit vom Gesetz als bloßes Verwaltungsunrecht - etwa als bußgeldbedrohte Ordnungswidrigkeit - angesehen wird, insbesondere in Fällen, in denen der geplante Erwerb ohne eine erforderliche behördliche Genehmigung erzielt werden sollte, z.B. zum Güterferntransport (§§ 8 ff. GÜKVG)¹³⁶⁾, zur Rechtsberatung (Art. 1 § 1 RBMG)¹³⁸⁾ oder zur Nebentätigkeit eines Beamten. Weiter bleibt zu denken an Fälle, in denen ein entgangener Gewinn unter Verstoß gegen private Rechte erlangt worden wäre, etwa unter - nicht notwendig sittenwidrigem¹⁴⁰⁾ - Bruch von Verträgen¹⁴¹⁾, unter Verletzung fremder gewerblicher Schutzrechte (Patente, Warenzeichen, Geschmacksmuster usw.) oder unter Verstoß

134) Vgl. Stürner, aaO (Fußnote 93).

135) Vgl. OLG Köln, VersR 1969, 382.

136) Vgl. BGH NJW 1955, 1313/1314.

137) Vgl. KG OLGZ 72, 408(410)

138) BGH NJW 1974, 1374 ff.

139) Vgl. BGH aaO.

140) Nachweise oben Fußnote 39.

141) Vgl. RG aaO (Fußnote 38); BGH aaO (Fußnote 39).

gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen (§§1 ff. UWG)¹⁴²⁾. Möglicherweise scheidet in Fällen der genannten Art ein Ersatz entgangener Gewinne aus, welche durch rechtswidriges Verhalten hätten erzielt werden sollen, und dieses Ergebnis könnte sich analog auf die Fälle des entgangenen Gewinns aus sittenwidrigen Geschäften übertragen lassen.

a. Rechtslage beim entgangenen rechtswidrigen Gewinn

Im folgenden ist die Rechtslage für die Fälle des entgangenen Gewinns aus geplantem rechtswidrigen Verhalten zu untersuchen.

aa. Grundsatz: Ausschluß des Ersatzes von entgangenem Gewinn aus rechtswidrigem Tun

In Rechtsprechung und Literatur besteht im Grundsatz darüber Einigkeit, daß ein entgangener Gewinn, welcher durch rechtswidriges Verhalten hätte erzielt werden sollen, im Rahmen der §§ 249, 252 BGB nicht zu ersetzen ist¹⁴³⁾.

142) Vgl. OLG Bremen NJW 1954, 1937(1939); BGH NJW 1964, 1181(1183/1184); bei Verstößen gegen gewerbliche Schutzrechte bzw. gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften können zwar Straf- oder Bußgeldtatbestände erfüllt sein, jedoch gilt dies nur für einen Teil derartiger Verstöße. Vgl. z.B. §§ 49 PatG, 16 GebrMG 4, 6, 8, 17 UWG.

143) BGH aaO (Fußnote 24); NJW 1974, 1374(1376); WM 1965, 411; aaO (Fußnote 142); KG aaO (Fußnote 137); OLG Köln aaO (Fußnote 135); OLG Düsseldorf DB 1964, 512; OLG Bremen aaO (Fußnote 142); LG Osnabrück NJW 1950, 751; RGZ 90, 52(64), 305(306); 91, 47(49/50); RG GruchB 62, 605(606/607); OLG Dresden JW 1917, 237(238); Palandt-Heinrichs § 252, 2; Erman-Sirp § 252, 3; RGRK-Alff § 252, 4; Soergel-Rei er Schmidt, §§ 249-252, 47; Staudinger-Werner § 252, 3; Medicus AcP 165, 115(120); Wieser NJW 1971, 597(598); Prölss ZHR 132(1969), 35(69); Stürner VersR aaO (Fußnote 28); der Gedanke, daß niemand einen Gewinn aus unerlaubtem Handeln ziehen darf, findet sich bereits im römischen Recht: "nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest", Ulpian Dig. 50, 17, 134, 1.

Für diese Auffassung lassen sich folgende Gründe anführen: Ein Gewinn, dessen unmittelbare Erzielung die Rechtsordnung untersagt, kann nicht auf dem Umweg über das Schadensersatzrecht von Rechts wegen zu beanspruchen sein¹⁴⁴⁾. Denn wäre dem Recht Genüge getan worden, so hätte der Geschädigte sein geplantes Erwerbsverhalten unterlassen müssen, und damit wäre auch ohne das schädigende Ereignis der Gewinn ausgeblieben. Der Ersatz entgangenen Gewinns läßt sich ansehen als Ausgleich für die rechtswidrig beschränkte wirtschaftliche Handlungsfreiheit¹⁴⁵⁾. Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit besteht jedoch ihrerseits nur im Rahmen der Gesetze, und folglich muß sich auch der Ersatz entgangenen Gewinns als Äquivalent der beeinträchtigten Handlungsfreiheit innerhalb der gesetzlichen Schranken halten: Wo eine entsprechende Handlungsfreiheit gefehlt hat, braucht ihr vermeintlicher Wegfall nicht ausgeglichen zu werden¹⁴⁶⁾. Der Ersatz entgangenen Gewinns, dessen unmittelbarer Erwerb die Rechtsordnung verbietet, würde eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Beteiligten bedeuten. Denn das Recht darf nicht den Anspruchsgegner, der einen Schadensersatzanspruch erfüllen soll, seinen Maßstäben unterwerfen, zugleich aber dem Anspruchsteller die Vorteile aus geplantem rechtswidrigen Verhalten sichern¹⁴⁷⁾. Der Gedanke der Selbstbehauptung des Rechts fordert die Versagung des Rechtsschutzes für entgangenen Gewinn, der durch rechtswidriges Tun hätte erzielt werden sollen¹⁴⁸⁾. Denn die Rechtsordnung würde

144) So die Rechtsprechung, vgl. z.B. RGZ 90,305(306); BGH NJW 74,1374(1376) - beide oben Fußnote 143.

145) Stürner, aaO (Fußnote 28).

146) Stürner, aaO.

147) Vgl. Prölss, ZHR 132(1969), 35(36/37).

148) Ähnlich Prölss, aaO.

sich zu den von ihr selbst getroffenen Wertentscheidungen in Widerspruch setzen, wenn sie ein bestimmtes Verhalten einerseits verbieten, andererseits aber Schadensersatz für die Vereitelung derselben Verhalten gewähren würde. Es bleibt schließlich an den Einwand des sog. rechtmäßigen Alternativverhaltens des Schädigers zu denken, d.h. der Schädiger macht geltend, er hätte den eingetretenen Schaden auch durch rechtmäßiges Handeln herbeiführen können¹⁴⁹⁾. In Fällen des entgangenen Gewinns aus rechtswidrigem Verhalten könnte sich der Schädiger z.B. darauf berufen, er hätte durch Unterrichtung der zuständigen Behörden Einschreiten zur Verhinderung des geplanten Erwerbsverhaltens veranlassen und damit den Ausfall des Gewinns auf rechtmäßige Weise herbeiführen können. Hätte aber der Schädiger den eingetretenen Schaden auch durch rechtmäßiges Verhalten verursachen können, so ist der Schaden nur zu ersetzen, wenn die vom Schädiger verletzte Pflicht gerade vor der Entstehung des eingetretenen Schadens schützen sollte¹⁵⁰⁾. Die Rechtsordnung kennt jedoch keine Pflichten, deren Einhaltung gerade dazu dient, einen durch rechtswidriges Verhalten geplanten Erwerb zu schützen.

149) Zum sog. rechtmäßigen Alternativverhalten vgl. Palandt-Heinrichs 5 f., bb vor § 249; Medicus, Bürgerliches Recht, RdNr. 853; Deutsch, Haftungsrecht I, S. 173 ff.; v. Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, S. 30 ff.; Wissmann, NJW 1971, 549 ff.; BAG NJW 1976, 644.

150) Sog. Rechtswidrigkeitszusammenhang, vgl. Palandt-Heinrichs, Medicus, Deutsch, v. Caemmerer, Wissmann, aaO; offengelassen von BAG, aaO.

Als Grundsatz läßt sich deshalb feststellen, daß ein entgangener Gewinn, welcher durch rechtswidriges Verhalten erzielt worden wäre, nicht nach den §§ 249, 252 BGB zu ersetzen ist.

bb. Untersuchung von Fallgruppen

Bei dem dargestellten Grundsatz handelt es sich möglicherweise nur um eine grobe Orientierungslinie für die Beurteilung unterschiedlicher Fälle des entgangenen Gewinns aus rechtswidrigem Verhalten. Es soll deshalb auf einige exemplarische Fallgruppen des entgangenen Gewinns aus rechtswidrigem Verhalten im folgenden näher eingegangen werden.

1) Wirksamkeit des Erwerbsgeschäfts (§ 134 letzter Halbsatz BGB)

Rechtsgeschäfte, welche gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, sind nach § 134 BGB nur dann nichtig, "wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt". Rechtsgeschäfte können damit trotz Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot als wirksam anzuerkennen sein. Möglicherweise ist dementsprechend auch der entgangene Gewinn, welcher durch rechtswidriges Verhalten hätte erzielt werden sollen, in bestimmten Fällen zu ersetzen, nämlich dann, wenn die Rechtsordnung die Wirksamkeit der unter Verstoß gegen ihre Bestimmungen abgeschlossenen Erwerbsgeschäfte gleichwohl anerkannt hätte (§ 134 BGB letzter Halbsatz).

Der Bundesgerichtshof¹⁵¹⁾ hat für den Fall eines Beamten, dessen durch das schädigende Ereignis verhinderte Nebentätigkeit wegen ihres Umfangs nicht von einer erteilten Nebentätigkeitsgenehmigung gedeckt gewesen wäre, ausge-

151) BGH, aaO (Fußnote 138).

führt: Die Verletzung des Nebentätigkeitsverbots sei für die Frage der Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns nicht entscheidungserheblich. Denn der Verstoß des Beamten gegen das Nebentätigkeitsverbot führe jedenfalls in weniger schwerwiegenden Fällen nicht zur Nichtigkeit eines unter Verstoß gegen das Nebentätigkeitsverbot abgeschlossenen Vertrages¹⁵²⁾. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs kann also in Fällen, in denen der geplante Erwerb durch rechtswidriges Verhalten hätte erzielt werden sollen, ein entgangener Gewinn durchaus zu ersetzen sein, wenn nur das angestrebte Erwerbsgeschäft trotz der Rechtsverletzung wirksam gewesen wäre. Die Argumentation des Bundesgerichtshofs setzt stillschweigend voraus, daß die Kriterien, nach welchen sich die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts beim Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot richtet, in gleicher Weise für die Entscheidung über die Ersatzfähigkeit eines entgangenen Gewinns aus rechtswidriger Tätigkeit Geltung haben.

§ 134 BGB enthält keine Aussage darüber, in welchen Fällen ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig ist; dies ist vielmehr von Fall zu Fall nach Wortlaut und Zweck desjenigen Gesetzes zu entscheiden, gegen welches verstoßen worden ist¹⁵³⁾. Ein Rechtsgeschäft ist deshalb regelmäßig gültig, wenn es lediglich Ordnungsvorschriften verletzt, welche sich gegen Art und Weise seines Zustandekommens bzw. seiner Durchführung wenden, nicht aber gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg¹⁵⁴⁾.

152) BGH NJW 1974,1374(1377).

153) vgl. BGHZ 45,322(326); Palandt-Heinrichs, § 134,2a; Soergel-Hefermehl, § 134,4; Flume AT, § 17,1 (S. 341); Larenz AT, § 22 II (S. 375/376); Brox AT, RdNr. 274.

154) BGH NJW 1968,2286; RGZ 103,264(265); Palandt-Heinrichs aaO; Soergel-Hefermehl, § 134, 20/36; Larenz AT, § 22 II (S. 377/378); Brox AT, RdNr. 277.

Beispiele sind etwa der unzulässige Verkauf unter Verstoß gegen das Ladenschlußgesetz oder die Bewirtung von Gästen nach Eintritt der Polizeistunde¹⁵⁵⁾. Denn in diesen Fällen richtet sich das Verbotsgesetz nicht gegen den Leistungsaustausch als solchen, sondern nur gegen Ort und Zeit von Vertragsabschluß und Vertragserfüllung. Damit wäre es unvereinbar, dem Käufer Gewährleistungsansprüche oder dem Wirt einen vertraglichen Anspruch auf das Entgelt für verzehrte Speisen zu versagen. Zweifelhafte kann die Rechtslage dagegen in Fällen sein, in denen das Rechtsgeschäft seinem Inhalt nach gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Richtet sich das Verbot hierbei nur gegen einen Vertragspartner, so ist stets zu erwägen, ob das Rechtsgeschäft nicht im Interesse des rechtmäßig handelnden anderen Teils gültig sein muß¹⁵⁶⁾. Stellt etwa die Vornahme eines Rechtsgeschäfts nur für einen Beteiligten eine strafbare Handlung dar, z.B. Untreue (§ 266 StGB) oder Unterschlagung (§ 246 StGB), so ist die Vornahme des Geschäfts zwar diesem Beteiligten verboten. Bei fehlender Kenntnis des anderen Teils vom Vorliegen des Verbotsgrundes kann das Rechtsgeschäft gleichwohl wirksam sein¹⁵⁷⁾. Regelmäßig ist dagegen Nichtigkeit des Geschäfts gegeben, wenn sich das Verbot gegen den Geschäftsinhalt richtet und alle Beteiligten das Verbot verletzen¹⁵⁸⁾. Auch beim beiderseitigen

155) Nachweise bei Fußnote 154.

156) Vgl. BGHZ 46,22(26); RGZ 100,39(40); Palandt-Heinrichs, aaO; Soergel-Hefermehl, § 134,21/34; Brox AT, RdNr. 279.

157) Vgl. RGZ, aaO; Flume AT, § 17,3 (S. 345); Soergel-Hefermehl, § 134,34.

158) Vgl. BGHZ 37,363(365/366); Palandt-Heinrichs, aaO; Soergel-Hefermehl, aaO; Larenz AT, § 22 II (S. 378/379); Brox AT, RdNr. 278 ff.

Verstoß gegen ein Inhaltsverbot kann das Rechtsgeschäft aber - zumindest teilweise - Gültigkeit haben. Denn Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes sind abzuwägen gegen die Erfordernisse der Vertragsgerechtigkeit. Ein Verbot kann etwa eine bestimmte Tätigkeit, welche Gegenstand eines Rechtsgeschäfts ist, ihres Inhaltes wegen beiden Beteiligten untersagen. Bei tatsächlicher Ausführung der vereinbarten Tätigkeit durch einen Beteiligten kann dann gleichwohl zu prüfen sein, ob der Zweck des Verbots es erfordert, dem vertraglichen Vergütungsanspruch und damit dem vereinbarten Verhältnis von Leistung und Gegenleistung die rechtliche Anerkennung zu versagen. Wo der Schutzzweck des Verbots nicht so weit reicht, ist der Vertragsgerechtigkeit der Vorrang einzuräumen und ein vertraglicher Anspruch auf die Gegenleistung gegeben. Die Rechtsprechung hat deshalb z.B. einem Handelsvertreter die vertragliche Vergütung für eine verbotene und strafbare Heilmittelwerbetätigkeit für den Fall zugesprochen, daß die Tätigkeit in Unkenntnis des Verbots geleistet worden ist¹⁵⁹⁾. Umgekehrt haben selbst solche Geschäfte, die gegen bloße Ordnungsvorschriften verstoßen, keine Gültigkeit, soweit die Vertragsgerechtigkeit dies nicht erfordert: Steht die Abwicklung in verbotener Art und Weise noch aus, so kann sie nicht etwa von Rechts wegen gefordert werden¹⁶⁰⁾, z.B. die versprochene Bewirtung nach Eintritt der Polizeistunde oder die versprochene Lieferung eines rezeptpflichtigen Arzneimittels ohne Rezept (§§ 28,35 Arzneimittelgesetz)¹⁶¹⁾.

159) BGHZ 53,156(158); zum Streit um die Rechtswirksamkeit von Verträgen, welche verbotene Schwarzarbeit zum Gegenstand haben, vgl. OLG Karlsruhe OLGZ 77,194 (196/197); Sonnenschein, JZ 1976,497 ff.; Benöhr, NJW 1975,1970/1971.

160) Soergel-Hefermehl, § 134,20; Hadding, Studienkommentar zum BGB, § 134 II 2; Flume AT, § 17,4 (S. 347); Pawlowski, JZ 1970,506(507/508).

161) Zur Wirksamkeit des Vertrages über die Lieferung rezeptpflichtiger Präparate ohne Rezept vgl. BGH NJW 1968,2286(2287).

Für die Beurteilung der Nichtigkeit oder Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts beim Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) sind somit Wortlaut und Zweck des Verbots einerseits und Erfordernisse der Vertragsgerechtigkeit andererseits abzuwägen. Ergebnis ist von Fall zu Fall die Wirksamkeit, Teilwirksamkeit oder Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Dies kann dazu führen, daß ein ursprünglich nichtiger Vertrag, wenn er ganz oder teilweise erfüllt worden ist, im Interesse der Vertragsgerechtigkeit als wirksam zu gelten hat¹⁶²⁾. Beim Ersatz entgangenen Gewinns, welcher unter Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot hätte erzielt werden sollen, geht es dagegen um die Vereitelung eines erst für die Zukunft geplanten Erwerbsverhaltens des Geschädigten. Es ist keinem Schutzbedürfnis eines Vertragsteils mit Rücksicht auf einen ganz oder teilweise bereits vollzogenen Vertrag Rechnung zu tragen. Das Vertrauen eines möglichen Vertragspartners auf ein künftiges rechtswidriges Verhalten seines Kontrahenten wird von der Rechtsordnung - von möglichen Schadensersatzansprüchen abgesehen - nicht geschützt, und zwar insbesondere auch dann nicht, wenn es als vertragliche Leistung ausdrücklich versprochen wird. Ein solcher Vertrag mag zwar wirksam sein (§ 134 BGB letzter Halbsatz). Dies bedeutet jedoch lediglich, daß der künftige Vertragspartner, z.B. bei verbotener Lieferung von rezeptpflichtigen Arzneimitteln ohne Rezept¹⁶³⁾, nach Erwerb des Mittels auch vertraglich zur Zahlung verpflichtet ist (§ 433 II BGB) und ggf. Gewährleistungsansprüche (§§ 459 ff., 480 BGB) geltend machen kann. Zur verbotenen Lieferung selbst aber wäre der Veräußerer gleichwohl nicht berechtigt, und der künftige

162) BGH, aaO (Fußnote 159); vgl. in diesem Zusammenhang ferner die Anerkennung von sog. faktischen Verträgen im Gesellschafts- und Arbeitsrecht, dazu Medicus, Bürgerliches Recht, RdNr. 193 ff.

163) Vgl. BGH, aaO. (Fußnote 161).

Vertragspartner könnte sie im Weigerungsfall nicht beanspruchen. Solange der geplante Erwerbsvorgang als bloßes hypothetisches Handeln des Geschädigten zu betrachten ist, steht deshalb einer isolierten Beurteilung dieses Verhaltens nichts im Wege. Für eine Abwägung zwischen Verbotszweck und Vertragsgerechtigkeit bleibt - soweit es um die Hauptleistung, nicht etwaige Ersatzansprüche¹⁶⁴⁾ geht - kein Raum. Bevor das verbotene Handeln nicht vollzogen ist, mit- hin insoweit vollendete Tatsachen geschaffen sind, ent- scheiden allein Wortlaut und Zweck des Verbots: Das rechtswidrige Verhalten hat zu unterbleiben. Fragen der Vertragsgerechtigkeit stellen sich in diesem Zu- sammenhang nicht¹⁶⁵⁾. Die Unterschiedlichkeit der Wertungskriterien im Rahmen des § 134 BGB einerseits und bei der Frage nach dem Ersatz entgangener Gewinne aus rechtswidrigem Verhalten andererseits wird beson- ders deutlich am Beispiel des Verstoßes gegen straf- bewehrte Verbote: Dort, wo die Rechtsordnung ein Ver- halten als untragbar sozialschädliches, kriminelles Unrecht wertet, kann ein Rechtsgeschäft, dessen Vor- nahme für den einen Teil ein solches Verhalten (z.B. Unterschlagung, Untreue, Vollstreckungsvereitelung) darstellt, nichtsdestoweniger im Interesse des gutläu- bigen anderen Teils wirksam sein¹⁶⁶⁾. Gleichwohl kann

164) z.B. Ansprüche des redlichen Vertragspartners nach § 440,325 BGB, wenn seinem Kontrahenten die Lieferung der unterschlagenen Sache unmöglich wird.

165) Ebenso Stürner, VersR 76,1012(1013/1014).

166) RG aaO (Fußnote 156); Flume aaO, Soergel-Hefermehl aaO (beide Fußnote 157).

ein entgangener Gewinn aus geplanten Straftaten nicht etwa zum ersatzfähigen Schaden gehören. Wertungen, welche über die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts trotz Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot entscheiden, dienen somit einem völlig anderen Interessenausgleich als wie er bei der Frage des Ersatzes entgangenen Gewinns aus geplantem rechtswidrigem Verhalten zur Diskussion steht: Ein Geschädigter, der an einer geplanten verbotenen Erwerbstätigkeit gehindert worden ist, kann sich weder auf eine mögliche eigene Schutzwürdigkeit nach erbrachter Leistung¹⁶⁷⁾ noch auf eine etwaige Schutzwürdigkeit seines Vertragspartners zur Begründung eines Ersatzanspruchs berufen. Die Kriterien, nach welchen sich die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts beim Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot richtet, lassen sich deshalb auf den Ersatz entgangenen Gewinns nicht übertragen.

Für den Ersatz entgangenen Gewinns aus rechtswidrigem Verhalten ist es daher unerheblich, ob der Gewinn aufgrund wirksamer Rechtsgeschäfte erlangt worden wäre.

2) Verschulden des Geschädigten im Hinblick auf das Verbot

Möglicherweise kann das Bestehen eines Anspruchs auf Ersatz entgangenen Gewinns aus rechtswidrigem Verhalten davon abhängen, ob den Geschädigten ein Verschulden an der geplanten Nichtbeachtung des Verbots trifft.

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁶⁸⁾ findet sich für Fälle, in denen eine geplante Erwerbshandlung

167) Vgl. BGH aaO (Fußnote 159).

168) BGH NJW 1974,1374(1376); NJW 1955,1313(1314); die Kommentierung beschränkt sich auf die Wiedergabe dieser Rechtsprechung, vgl. Palandt-Heinrichs, § 252,2; Erman-Sirp, § 252,3; Soergel-Reimer Schmidt §§ 249-253, 42; Staudinger-Werner, § 252,3.

ohne die erforderliche behördliche Genehmigung - damit verbotswidrig - ausgeführt werden sollte, folgende Beurteilung der Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns: Ein Gewinn sei nicht schon deswegen rechtlich zu mißbilligen, weil der Geschädigte zur Ausführung des beabsichtigten Geschäfts einer behördlichen Genehmigung bedürfe, die er bei Schadenseintritt noch nicht beantragt habe. Dabei sei unerheblich, ob der Geschädigte überhaupt den Willen hatte, die erforderliche behördliche Genehmigung einzuholen. Der Geschädigte dürfe allerdings die Einholung der Genehmigung nicht bewußt unterlassen haben. Denn das Verlangen nach Ersatz eines Gewinns, welcher unter wissentlichem Verstoß gegen die gesetzliche Ordnung hätte erzielt werden sollen, könne keinen Rechtsschutz genießen. Habe es der Geschädigte dagegen irrtümlich versäumt, die erforderliche Genehmigung einzuholen, so sei dies bei schuldlosem oder leicht fahrlässigem Handeln unschädlich¹⁶⁹⁾. Dabei blieb bislang offen, ob ein Ersatz entgangenen Gewinns auch in Fällen grob fahrlässiger oder bedingt vorsätzlicher Nichtbeachtung des Verbots verlangt werden könne¹⁷⁰⁾. Liegt ein den Schadensersatz ausschließendes Verschulden des Geschädigten nicht vor, so kommt es nach Auffassung des BGH für die Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns lediglich darauf an, ob der Geschädigte die Erteilung der behördlichen Genehmigung nach dem gewöhnlichen Verkauf der Dinge hätte erwarten können, falls er eine Genehmigung beantragt hatte¹⁷¹⁾. In den Fällen der beabsichtigten Gewinnerzielung ohne die erforderliche behördliche Genehmigung unterscheidet somit der BGH - wenn die Ertei-

169) BGH NJW 1974,1374(1376) - oben Fußnote 168.

170) Vgl. BGH aaO.

171) BGH aaO.

lung der Genehmigung zu erwarten gewesen wäre - für die Frage der Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns von Fall zu Fall je nach dem Grad des Verschuldens des Geschädigten im Hinblick auf die Nichtbeachtung des Genehmigungserfordernisses.

Diese Unterscheidung der Rechtsprechung überzeugt nicht ohne weiteres: Eine Rechtfertigung der Zubilligung von Ersatzansprüchen je nach dem Grad des Verschuldens auf seiten des Verletzten im Hinblick auf die Nichtbeachtung eines Verbots der geplanten Erwerbstätigkeit bleibt in den Entscheidungsgründen ungeklärt.

Die Zubilligung von Ersatzansprüchen je nach dem Grad eines Verschuldens des Verletzten kennt das Gesetz im Anwendungsbereich des § 254 BGB, d.h. als Ausprägung von Treu und Glauben, wonach sich widersprüchlich verhält, wer für den von ihm erlittenen Schaden trotz eigener Mitverantwortung vollen Schadensersatz fordert¹⁷²⁾. Rechtsfolge des § 254 BGB ist dann die Aufteilung des Schadens zwischen Schädiger und Verletztem nach dem Maß der beiderseitigen Verantwortung. Ein Verschulden, welches darin liegt, daß der Geschädigte ein gesetzliches Genehmigungserfordernis für sein geplantes Erwerbsverhalten unbeachtet ließ, hat jedoch keine Auswirkung auf Eintritt oder Höhe des Schadens, solange der Geschädigte dartut, daß er auch ohne Einholung der Genehmigung - verbotswidrig - das geplante Erwerbsverhalten mit Erfolg durchgeführt hätte. Fragen der Mitverantwortung des Geschädigten und der Schadensaufteilung zwischen Schädiger und Verletztem sind damit in den Fällen der Nichtbeachtung eines Genehmigungserfordernisses nicht berührt. Der Rechtsgedanke des § 254 BGB entfällt somit als mögliche Grundlage für eine Unterscheidung

172) vgl. Palandt-Heinrichs, § 254, 1 a m.w.N.

nach dem Grad des Verschuldens des Geschädigten im Hinblick auf die Nichtbeachtung eines gesetzlichen Verbots, welches dem geplanten Erwerbsverhalten entgegengestanden hätte.

Mögliche Rechtfertigung für die Berücksichtigung des Verschuldensgrads auf seiten des Geschädigten bleibt der Gedanke einer strafähnlichen Sanktion für das geplante schuldhaftes Verwaltungsunrecht. Ausgangspunkt muß dann der - nicht näher begründete - Standpunkt der Rechtsprechung sein, wonach dem Verletzten - auch wenn sein Erwerbsverhalten ohne Einholung der behördlichen Genehmigung verboten gewesen wäre - grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns zuzusprechen ist, sofern nur auf einen entsprechenden Antrag hin mit der Erteilung der Genehmigung zu rechnen gewesen wäre. Nach der Rechtsprechung hat der geplante Gesetzesverstoß in Fällen dieser Art offenbar nicht so viel Gewicht, um für sich allein die Versagung des Schadensersatzanspruchs zu rechtfertigen. Da diese Folge erst bei wissentlich verbotswidrigem Handeln - möglicherweise auch schon bei Eventualvorsatz oder grober Fahrlässigkeit - gerechtfertigt sein soll¹⁷³⁾, läßt sie sich als strafähnliche Sanktion in der Form des Verlustes des Schadensersatzanspruchs auffassen¹⁷⁴⁾. Die Frage nach dem Strafgedanken im Schadensersatzrecht stellt sich gewöhnlich im Hinblick auf das Verhalten des Schädigers¹⁷⁵⁾. Zulasten des Schädigers verbieten sich

173) Vgl. BGH aaO.

174) Ähnlich, mit ablehnender Stellungnahme zu dieser Rechtsprechung, Stürner VersR 1976, 1012 (1014).

175) Vgl. dazu Esser-Schmidt, § 30 II 1 (S. 114 ff.); Larenz, Schuldrecht I, § 27 I (S. 344); Stoll, Festschrift für Rheinstein (1969), S. 569 ff.; Deutsch, Festschrift für Wahl (1973), S. 339 ff.; J. Schmidt, Schadensersatz und Strafe (1973).

regelmäßig Folgerungen aus dem Strafgedanken: Zweck des Schadensersatzrechts ist der Ausgleich erlittener Einbußen auf seiten des Geschädigten¹⁷⁶⁾. Lediglich im Rahmen des Schmerzensgeldanspruchs (§ 847 BGB) wird neben dem Ausgleich für erlittene immaterielle Schäden eine Berücksichtigung von Genugtuungs- und Sühne Gesichtspunkten bei der Bemessung des Forderungsbetrags für zulässig gehalten¹⁷⁷⁾. Für eine Belastung des Schädigers aufgrund von Straferwägungen fehlt deshalb, vom Anwendungsbereich des § 847 BGB abgesehen, die erforderliche gesetzliche Rechtfertigung. Nichts anderes kann für den Strafgedanken im Schadensrecht gelten, wenn es um die Belastung des Geschädigten durch Kürzung oder Entzug seiner Ansprüche geht: Das Gesetz bestimmt in § 254 BGB, daß sich ein Verhalten des Geschädigten nur dann anspruchsmindernd auswirken soll, wenn es auf Entstehung oder Höhe des Schadens Einfluß gehabt hat. Diese Bestimmung hält sich im Rahmen des Ausgleichsgedankens, indem sie die Ausgleichspflicht des Schädigers insoweit einschränkt, wie sich der Geschädigte den Schaden anteilig selbst zuzuschreiben hat. Für eine Korrektur der Ergebnisse der gesetzlichen Ausgleichsregelung zulasten des Geschädigten als strafähnliche Sanktion für ein Verhalten, welches auf Eintritt und Höhe des Schadens keinen Einfluß gehabt hat, fehlt demgegenüber eine gesetzliche Grundlage. Eine solche Korrektur ist deshalb abzulehnen¹⁷⁸⁾.

Art und Maß eines Verschuldens des Geschädigten im Hinblick auf die Verbotswidrigkeit seines geplanten Erwerbsverhaltens haben somit keine Auswirkung auf das Bestehen/Nichtbestehen des Schadensersatzanspruchs.

176) Nachweise siehe oben Fußnote 121.

177) BGH NJW 1976, 1147 (1148); BGHZ 18, 149 ff. Palandt-Thomas, § 847, 1 b; ablehnend: Niemeyer, NJW 1976, 1792 (m.w.N.); Hupfer, NJW 1976, 1792/1793.

178) Dagegen auch Stürner, aaO (Fußnote 174).

3) Art und Inhalt des Verbots

Art und Inhalt des Verbots, gegen welches das durch den Schädiger vereitelte Erwerbsverhalten verstoßen hätte, können möglicherweise eine unterschiedliche Beurteilung der Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns rechtfertigen. Zu denken ist an eine Unterscheidung je nach Intensität des einschlägigen Verbots, etwa ob die verletzte Regelung ein bestimmtes Verhalten schlechthin unterbinden will, ob sie Annahmewilligungen durch die zuständige Behörde zuläßt oder lediglich aus Gründen präventiver Kontrolle die Rechtmäßigkeit des jeweiligen Verhaltens von der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis abhängig macht. Weiter kann es eine Rolle spielen, ob die Durchsetzung des Verbots - wie bei öffentlichrechtlichen Verboten - aufgrund staatlicher Initiative erfolgt oder ob seine Durchsetzung in das Belieben des betroffenen Bürgers gestellt ist - wie bei der Verletzung privater Rechte.

a) Öffentlichrechtliche Verbote

Die Verbotsbestimmungen des öffentlichen Rechts unterliegen dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wonach staatliche Eingriffe in die Handlungsfreiheit des Bürgers nur zulässig sind, soweit der Schutz eines höherwertigen Interesses dies erfordert und die freiheitsbeschränkenden Auswirkungen nicht außer Verhältnis zum geschützten Interesse stehen¹⁷⁹⁾. Es finden sich deshalb unterschiedliche Typen von Verbotsbestimmungen, teils um lediglich die behördliche Kontrolle der Einhaltung einschlägiger Vorschriften vor Durchführung eines bestimmten Verhaltens zu sichern, teils um ein bestimmtes Verhalten grundsätzlich oder für alle Fälle zu unter-

179) Vgl. BVerfGE 15,226(234); 17,232(242); Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr I, S. 154/155; Forsthoff S. 70/71.

sagen. Zahlreiche Verbotsbestimmungen des öffentlichen Rechts eröffnen dementsprechend dem Betroffenen die Möglichkeit, bei der zuständigen Behörde um Freistellung vom Verbot nachzusuchen. Darüber hinaus kann die Verwaltung in einzelnen Fällen durch Nichteinschreiten gegen verbotswidriges Verhalten Rechtspositionen zugunsten von Betroffenen schaffen. Die Auswirkungen auf den Ersatz entgangenen Gewinns, welcher unter Nichtbeachtung des Verbots erteilt worden wäre, können unterschiedlicher Art sein.

aa) formelle/materielle Rechtswidrigkeit

Bei den Verbotsbestimmungen, welche eine Freistellungsmöglichkeit zugunsten des Betroffenen vorsehen, unterscheidet man zwischen sog. präventiven Verböten mit Erlaubnisvorbehalt und sog. repressiven Verböten mit der Möglichkeit einer Ausnahmebewilligung (Dispens)¹⁸⁰⁾.

Die sog. präventiven Verböte dienen der Kontrolle von generell gefährlichen, bei Einhaltung der einschlägigen Bestimmungen aber grundsätzlich zulässigen Verhaltensweisen durch die zuständige Behörde. Es handelt sich der Natur nach um lediglich vorläufige Verböte des betreffenden Verhaltens. Die Handlungsfreiheit des betroffenen Bürgers ist zwar zunächst aufgehoben; das beabsichtigte Verhalten wird aber zulässig, sobald die zuständige Behörde nach Prüfung der Voraussetzungen die gesetzlich vorgesehene Erlaubnis erteilt. Das jeweilige Handeln ist somit nicht schlechthin verboten, sondern die behördliche Erlaubnis wird allein deshalb vorgeschaltet, weil die für notwendig erachteten Voraussetzungen des Handelns anders

180) Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr I, S. 115 ff., 214 ff.; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, S. 403, 406/407; Götz, S. 198 ff.

nicht oder nicht zweckmäßig kontrolliert werden können¹⁸¹⁾. Als Beispiele für derartige präventive Verbote lassen sich etwa nennen: Das landesrechtliche Erfordernis einer Baugenehmigung (vgl. z.B. § 80 BauO NW), das Erfordernis einer Genehmigung zur Errichtung bestimmter gefährlicher Anlagen (§§ 24-24 d GewO, 4 I BImSchG), das Erfordernis der Genehmigung zum Güterferntransport (§ 8 GÜKVG), zur Personenbeförderung mit Mietwagen (§§ 49/50 PBefG), zum Reisegewerbe (§ 55 GewO) oder zum Waffenhandel (§ 7 WaffnG). Das sog. repressive Verbot mit der Möglichkeit einer Ausnahmebewilligung dient dagegen nicht lediglich der präventiven Kontrolle einer grundsätzlich zulässigen Tätigkeit, sondern wendet sich substantiell gegen das tatbestandsmäßige Verhalten: Die verbotene Tätigkeit soll endgültig verhindert werden, und lediglich für atypische Ausnahmefälle soll die zuständige Behörde befugt sein, einen Betroffenen vom Verbot freizustellen¹⁸²⁾. Beispiel ist insbesondere der Dispens von baurechtlichen Vorschriften (§ 31 II BBauG sowie die einschlägigen Bauordnungsvorschriften des Landesrechts, z.B. § 86 II BauO NW), ferner etwa die Möglichkeit zur Verlängerung der Sperrstunde (§ 18 GastG).

Ein Ersatz entgangenen Gewinns scheidet bei Verstoß des geplanten Erwerbsverhaltens gegen eine Verbotsbestimmung, die eine Freistellungsmöglichkeit kennt, in aller Regel dann aus, wenn die Voraussetzungen für eine Freistellung im Einzelfall nicht gegeben sind. Dann steht einmal förmlich - wegen Fehlens der behördlichen Erlaubnis - und zum andern materiell - da die einschlägigen Voraussetzungen

181) Vgl. BVerfGE 20,150(155); Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr I, S. 115/116.

182) Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr I, S. 117,218 ff.; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, S. 406/407.

nicht erfüllt sind - die Rechtswidrigkeit des geplanten Erwerbsverhaltens fest, und demzufolge kommt ein Ersatz entgangenen Gewinns grundsätzlich nicht in Betracht (vgl. oben Seite 35 ff.). Fraglich ist aber, ob ein Ersatz entgangenen Gewinns in denjenigen Fällen zuzulassen ist, in denen die Voraussetzungen für die Freistellung vorgelegen hätten und der Geschädigte auf Antrag mit der Erteilung der Erlaubnis hätte rechnen können¹⁸³⁾.

Dies ist zu prüfen anhand der Kriterien, welche für die grundsätzliche Ablehnung des Ersatzes eines entgangenen Gewinns, welcher durch rechtswidriges Verhalten erzielt worden wäre, ausschlaggebend sind: Danach kann ein Gewinn, dessen unmittelbare Erlangung die Rechtsordnung verbietet, nicht auf dem Umweg über das Schadensersatzrecht beansprucht werden¹⁸⁴⁾. Die Rechtsordnung verbietet aber den unmittelbaren Erwerb eines Gewinns nicht, wenn lediglich eine vorgeschriebene behördliche Erlaubnis für das geplante Erwerbsverhalten fehlt, die sachlichen Voraussetzungen für deren Erteilung aber vorliegen und mit der Erteilung auf Antrag zu rechnen gewesen wäre. Denn wäre dem Recht Genüge getan worden, so hätte der Geschädigte die erforderliche Genehmigung erhalten und damit auch formell ordnungsgemäß den angestrebten Gewinn erzielen können. Faßt man den Ersatz entgangenen Gewinns als Ausgleich für die Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit des Geschädigten auf¹⁸⁵⁾, so war - wenn die Voraussetzungen der Erlaubnis vorgelegen haben und mit ihrer Erteilung auf Antrag zu rechnen gewesen wäre - die Handlungsfreiheit

183) Dies bejaht die Rechtsprechung und ihr folgend die Kommentierung für Fälle der leicht fahrlässigen Nichtbeachtung eines Genehmigungserfordernisses (oben Fußnote 168); weitergehend ohne Rücksicht auf Verschulden Stürner (oben Fußnote 174).

184) So die Rechtsprechung, vgl. oben Fußnote 144).

185) So Stürner, aaO (Fußnote 174).

des Geschädigten insoweit dem Grunde nach existent und rechtfertigt auch ohne förmliche Entscheidung der zuständigen Behörde den Ersatz des Schadens¹⁸⁶⁾. Dieser Ersatz bedeutet keine ungerechtfertigte Bevorzugung des Geschädigten gegenüber dem Schädiger, wie er in der Sicherung der Vorteile aus einem geplanten rechtswidrigen Verhalten zugunsten des Geschädigten bei gleichzeitiger Bindung des Schädigers an das Gesetz liegen kann¹⁸⁷⁾. Das förmliche Fehlen der Genehmigung, mit deren Erteilung auf Antrag zu rechnen gewesen wäre, berührt den Schädiger schon deshalb nicht, weil er auch bei Einhaltung aller Förmlichkeiten - und damit Erteilung der Genehmigung - zum Schadensersatz verpflichtet gewesen wäre. Schädiger und Geschädigter sind damit im Ergebnis in gleicher Weise den gesetzlichen Anforderungen unterworfen. Der Gedanke der Selbstbehauptung des Rechts¹⁸⁸⁾ fordert keine andere Beurteilung, denn die Rechtsordnung setzt sich nicht in Widerspruch zu ihren eigenen Wertentscheidungen, wenn sie für die Beeinträchtigung eines Verhaltens Schadensersatz gewährt, gegen welches sachlich keine Einwände bestanden haben und für das eine fehlende förmliche Genehmigung auf Antrag erteilt worden wäre. Eine Berufung auf sog. rechtmäßiges Alternativverhalten¹⁸⁹⁾ - die Möglichkeit, durch Unterrichtung der zuständigen Behörde deren Einschreiten zur Unterbindung des geplanten Erwerbsverhaltens zu veranlassen - muß dem Schädiger versagt bleiben, da gerade bei Einhaltung aller vorgeschriebenen Förmlichkeiten und Erteilung der erforderlichen Genehmigung seine Schadensersatzpflicht erst recht bestanden haben würde.

186) Stürner, aaO.

187) Vgl. Prölss, aaO (Fußnote 147).

188) Prölss, aaO.

189) Nachweise oben. Fußnote 149.

Für die Schadensersatz bei Beeinträchtigung rechtswidrigen Verhaltens ist deshalb allein die materielle Rechtswidrigkeit des geplanten Erwerbsverhaltens entscheidend; sie führt zum Ausschluß des Ersatzanspruchs. Eine bloße förmliche Rechtswidrigkeit - Nichteinholung einer erforderlichen Genehmigung, mit deren Erteilung auf Antrag zu rechnen gewesen wäre - läßt die Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns unberührt.

bb) Beurteilungsspielraum / Ermessen

Im Einzelfall kann zweifelhaft sein, ob für ein bestimmtes geplantes Erwerbsverhalten mit der Erteilung der behördlichen Genehmigung auf Antrag zu rechnen gewesen wäre. Bei der Erteilung der Genehmigung kann nämlich ein sog. Beurteilungsspielraum der zuständigen Behörde eine Rolle spielen, ferner kann - regelmäßig bei Befreiung von einem repressiven Verbot, u.U. auch bei Freistellung von einem präventiven Verbot¹⁹⁰⁾ - die Entscheidung über die Freistellung im behördlichen Ermessen stehen. Beide Gestaltungsmöglichkeiten führen möglicherweise dazu, daß eine Beurteilung der materiellen Rechtmäßigkeit des geplanten Erwerbsverhaltens von einer Mitwirkung der zuständigen Behörde abhängig sein kann.

Von einem sog. Beurteilungsspielraum spricht man, wenn der Verwaltungsbehörde ein gewisser Spielraum bei der Subsumtion unter unbestimmte Rechtsbegriffe wie z.B. Eignung, Befähigung, Zuverlässigkeit, Gemeinwohl einzuräumen ist. Danach sind unterschiedliche Ergebnisse bei

190) Es ist umstritten, ob die Freistellung von einem präventiven Verbot mit Rücksicht auf die grundrechtlich geschützte Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) eine Ermessensentscheidung sein kann, vgl. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, S. 48 II a (S. 404/405) m.w.N.

Subsumtion desselben Sachverhalts unter denselben Rechtsbegriff durch mehrere Rechtsanwender möglich und zulässig, d.h. das betreffende Tatbestandsmerkmal einer Rechtsnorm kann bei gleichgelagertem Sachverhalt rechtmäßigerweise bejaht oder verneint werden¹⁹¹⁾. Eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle beschränkt sich auf die Einhaltung der Grenzen des Beurteilungsspielraums - die Vertretbarkeit der behördlichen Entscheidung¹⁹²⁾ - und das Verwaltungsgericht darf bei Einhaltung der Grenzen des Beurteilungsspielraums durch die Behörde nicht seine eigene abweichende Ansicht an die Stelle derjenigen der Behörde setzen. Das Verwaltungsgericht ist vielmehr, soweit der Beurteilungsspielraum reicht, in seiner Prüfung darauf beschränkt, ob die Verwaltungsbehörde den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat, ob sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemein gültige Wertungsmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat¹⁹³⁾. Ein solcher Beurteilungsspielraum ist anerkannt für prüfungs- und prüfungsähnliche behördliche Entscheidungen, im übrigen ist - mit Rücksicht auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG - umstritten, inwieweit Verwaltungsbehörden darüber hinaus bei der Subsumtion unter unbestimmte Rechtsbegriffe ein Beurteilungsspielraum einzuräumen ist¹⁹⁴⁾. Ähnlich wie in den

191) Vgl. BVerwGE 8,272; 15,39; 39,197; Erichsen/Martens, Allg. Verwaltungsrecht, S. 161/162; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, S. 31 I c (S. 190 ff.).

192) Erichsen/Martens, Allg. Verwaltungsrecht, S. 162.

193) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114,9 e (S. 725).

194) Vgl. Erichsen/Martens, Allg. Verwaltungsrecht, S. 162/163; Wolff/Bachof, aaO; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 90 Fußnote 1; weitestgehend für einen Beurteilungsspielraum bei allen unbestimmten Rechtsbegriffen z.B. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 2 I 3 (S. 7 ff.).

Fällen des sog. Beurteilungsspielraumes räumt der Gesetzgeber mit der Gewährung von Ermessen der Verwaltungsbehörde einen gewissen Spielraum zur eigenverantwortlichen Wahl der Entscheidung ein. Im Unterschied zum sog. Beurteilungsspielraum geht es freilich beim Ermessen nicht um die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe, sondern um die sachgerechte Wahl unter mehreren möglichen behördlichen Entscheidungen. Im Bereich des behördlichen Ermessens können deshalb bei gleichem Sachverhalt im Ergebnis ebenfalls z.B. Erteilung oder Versagung einer erforderlichen Erlaubnis - ohne daß ein Verwaltungsgericht seine Ansicht an die Stelle der Auffassung der Behörde setzen dürfte - zulässig und rechtmäßig sein¹⁹⁵⁾.

Im Anwendungsbereich von Beurteilungsspielraum und Ermessen ist es nicht nur einem Verwaltungsgericht verwehrt, innerhalb des der Behörde zugewiesenen Spielraums eine eigene Entscheidung zu treffen. Auch das Zivilgericht, welches über einen Schadensersatzanspruch zu befinden hat, darf nicht selbst den Sachverhalt unter eine Rechtsnorm subsumieren, wenn es sich um einen Fall handelt, bei dem der zuständigen Behörde ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist, aufgrund dessen die Behörde sowohl die Erteilung wie auch die Versagung einer Erlaubnis rechtmäßig aussprechen könnte. Das Zivilgericht darf ebenso wenig von der hypothetischen Erteilung einer Erlaubnis ausgehen, wenn die zuständige Behörde innerhalb des ihr eingeräumten Ermessens die Erlaubnis rechtmäßig erteilen oder auch verweigern könnte. Hängt etwa die Erteilung einer gewerberechtlichen Erlaubnis von der Zuverlässigkeit des Gewerbeinteressenten ab und räumt man der Ver-

195) Vgl. Erichsen/Martens, Allg. Verwaltungsrecht, S. 165; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114, 7.

waltungsbehörde für die Subsumtion einen Beurteilungsspielraum ein¹⁹⁶⁾, so liegt für Grenzfälle, in denen sowohl die Bejahung wie die Verneinung der Zuverlässigkeit rechtmäßig sein könnte, die Entscheidung darüber ausschließlich bei der zuständigen Behörde. Für die Beurteilung der Frage, ob die Erlaubnis auf Antrag erteilt worden wäre, ist deshalb der Standpunkt der Behörde entscheidend. Der Geschädigte muß deshalb darlegen und ggf. durch das Zeugnis des zuständigen Beamten beweisen, daß die Behörde von ihrem Beurteilungsspielraum zu seinen Gunsten Gebrauch gemacht hätte. Dies gilt in gleicher Weise für den Fall, daß die Erteilung der erforderlichen Erlaubnis im Ermessen der zuständigen Behörde steht. Ist danach sowohl die Erteilung wie eine Versagung der Erlaubnis im Rahmen rechtmäßiger Ermessensausübung denkbar, so obliegt dem Geschädigten dementsprechend die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß die pflichtgemäße Ermessensausübung zur Erteilung der erforderlichen Erlaubnis geführt hätte¹⁹⁷⁾ Eine Grenze für die Annahme materieller Rechtmäßigkeit bei Fehlen der vorgeschriebenen behördlichen Erlaubnis findet sich in denjenigen Fällen des Beurteilungsspielraums, in denen die behördliche Erlaubnis in Form eines Befähigungsnachweises aufgrund einer vom Betroffenen abzulegenden Eignungsprüfung erteilt wird. So kann ein entgangener Gewinn, der das Führen eines Kraftfahrzeugs ohne die erforderliche Fahrerlaubnis (§ 2 StVG) vorausgesetzt hätte, vom Geschädigten nicht etwa mit der Begründung liquidiert werden, er sei fahrtüchtig und könne dies ggf. jederzeit durch Ablegen der Fahrprüfung vor der zuständigen Behörde unter Beweis stellen. Die materielle Berechtigung zum Gebrauch eines

196) So etwa Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 2 I 3 (S. 8/9); a.A. z.B. Czermak, JuS 1968, 399(401).

197) Ebenso Stürner, aaO (Fußnote 174) - ohne Berücksichtigung der Möglichkeit des Beurteilungsspielraums - für Fälle der Abhängigkeit der Erlaubnis von einer behördlichen Ermessensausübung.

nach bestandener Prüfung erworbenen Befähigungsnachweises hängt nämlich ihrer Natur nach nicht davon ab, daß der Betroffene auch später die einmal nachgewiesenen Kenntnisse und Fähigkeiten behält. Dementsprechend kann es beim Handeln ohne den erforderlichen Befähigungsnachweis nicht darauf ankommen, daß der Betroffene jederzeit den Besitz der geforderten Kenntnisse und Fähigkeiten nachweisen könnte: Entscheidend für die materielle Rechtmäßigkeit des Handelns ist in diesen Fällen der aufgrund bestandener Prüfung tatsächlich erteilte Befähigungsnachweis, nicht vorhandene Kenntnisse und Fähigkeiten.

Für die Fälle des Beurteilungsspielraums und Ermessens bleibt deshalb festzuhalten: Hätte die zuständige Behörde auf Antrag des Geschädigten einen Spielraum gehabt, innerhalb dessen sie die erforderliche Erlaubnis rechtmäßig hätte erteilen oder verweigern können, so hängt die materielle Rechtmäßigkeit des angestrebten Erwerbsverhaltens davon ab, daß der Geschädigte darlegt und ggf. nachweist, daß die pflichtgemäße Beurteilung oder Ermessensausübung durch die zuständige Behörde zur Erteilung der Erlaubnis geführt hätte. Kann die Erlaubnis nur in Form eines Befähigungsnachweises nach bestandener Eignungsprüfung erteilt werden, so ist ein Handeln ohne den erforderlichen Befähigungsnachweis stets materiell rechtswidrig und ein Schadensersatzanspruch entfällt.

cc) Duldung durch die Verwaltungsbehörde, Vertrauensschutz

Wenn bisher dargelegt worden ist, daß über die Ersatzfähigkeit eines entgangenen Gewinns die materielle Rechtmäßigkeit/ Rechtswidrigkeit des geplanten Erwerbsverhaltens entscheidet, so steht damit noch nicht fest, daß ein Ersatz entgangenen Gewinns stets ausscheiden muß, wenn das geplante Erwerbsverhalten den Tatbestand einer Verbotsnorm erfüllt,

ohne daß den Umständen nach mit einer behördlichen Genehmigung zu rechnen gewesen wäre. Auch in Fällen, in denen die Voraussetzungen für eine behördliche Erlaubnis nicht vorgelegen hätten und somit eine solche Erlaubnis rechtmäßig nicht erteilbar gewesen wäre, kann ausnahmsweise ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns anzuerkennen sein.

Nach den Grundsätzen des Polizei- und Ordnungsrechts gilt für das Einschreiten der zuständigen Behörde zur Gefahrenabwehr das sog. Opportunitätsprinzip, d.h. die Behörde ist zum Einschreiten bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zwar befugt, aber nicht ohne weiteres verpflichtet. Die Entscheidung über Art und Umfang des behördlichen Handelns steht vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltung. Die Behörde kann deshalb insbesondere auch von einem Einschreiten absehen, wenn es nach Lage des Falles nicht angemessen oder nicht zweckmäßig wäre¹⁹⁸⁾. Im Rahmen des Opportunitätsprinzips sind unterschiedliche Gründe denkbar, aus denen heraus die Behörde von einem Einschreiten gegen einen polizeiwidrigen Zustand absehen kann, z.B. weil es sich um eine Bagatellsache handelt, weil andere Aufgaben vordringlich sind oder weil das Gewicht der Gefahr oder Störung gegenüber dem Aufwand, der zu ihrer Abwendung erforderlich wäre, gering erscheint¹⁹⁹⁾. Handelt in einem solchen Fall die zuständige Behörde rechtmäßig, wenn sie von einem Einschreiten absieht und damit den polizeiwidrigen Zustand duldet, so ändert diese Duldung für sich allein noch nichts an der materiellen Rechtswidrigkeit des

198) Vgl. z.B. Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr I, S. 135 ff.; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht III, § 125 RdNr. 33 ff.; anders das sog. Legalitätsprinzip, welches für den Bereich der Strafverfolgung gilt und die Strafverfolgungsbehörden zum Tätigwerden verpflichtet (vgl. § 163 StPO).

199) Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr I, S. 168; zum Nichteinschreiten gegen eine polizeiwidrige Demonstration z.B. vgl. OLG Celle, DöV 1972, 243.

polizeiwidrigen Verhaltens. Ein entgangener Gewinn aus rechtswidrigem Verhalten wird deshalb nicht etwa schon dann ersatzfähig, wenn der Geschädigte darlegt, daß sein Verhalten durch die zuständige Behörde - rechtmäßig - geduldet worden wäre. Es sind aber Fälle denkbar, in denen sich eine Beschränkung des behördlichen Ermessens gerade daraus ergibt, daß ein Vertrauen des Betroffenen in das Nichteinschreiten der Behörde ausnahmsweise Schutz verdient²⁰⁰⁾. Die zuständige Behörde kann z.B. im Rahmen des Opportunitätsprinzips die Zusage erteilen, gegen den Vertrieb bestimmter - unzulässiger - Waren im Wochenmarktsverkehr nicht einzuschreiten, und ist dann gegenüber dem betroffenen Bürger, der sich darauf eingerichtet hat, an diese Zusage gebunden²⁰¹⁾. Ein Vertrauensschutz kann sich - auch ohne Zusage zugunsten des Betroffenen - in anderen Fällen ergeben, wenn die Behörde dem Bürger Anlaß für sein Vertrauen gegeben hat, das Einschreiten in ihrem Ermessen stand und der betroffene Bürger im Hinblick auf das erweckte Vertrauen Maßnahmen, insbesondere Vermögensdispositionen, getroffen hat, die er sonst nicht vorgenommen hätte. Dann kann die bloße Duldung, etwa ein Nichteinschreiten in einer größeren Anzahl gleichgelagerter Fälle über einen längeren Zeitraum, einen Vertrauensschutz zugunsten des Betroffenen begründen: Hat z.B. die zuständige Baubehörde gegen bestimmte planwidrige Baumaßnahmen längere Zeit hindurch

200) Zum Vertrauensschutz im öffentlichen Recht vgl. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, §§ 30 II b (S. 178), 41 I c (S. 297/298), 53 V (S. 460 ff.); Erichsen/Martens, Allg. Verwaltungsrecht, S. 203 ff.; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr I, S. 152 ff.; Schmidt, JuS 1973, 529 ff.; Ossenbühl, DöV 1972, 25 ff.

201) So im Fall BVerwG DVBl 1965, 525; zur möglichen Bindung der Verwaltungsbehörden an rechtswidrig erteilte Zusagen vgl. BVerwG DVBl 1966, 857; Meyer-Erichsen, VwArch 1968, 167 ff.; Steckert DVBl 1969, 299 ff.; ferner die gesetzliche Regelung in § 38 VwVfG v. 25.5.1976 (BGBl I 1253).

nichts unternommen, so kann das nachträgliche Verlangen nach Beseitigung oder die Untersagung der Nutzung ermessensfehlerhaft sein, weil die im Vertrauen auf die bisherige Praxis der Behörde erworbenen Positionen Eigentumsschutz genießen²⁰²⁾. Ein Vertrauensschutz kann sich - bei wiederholter Duldung eines polizeiwidrigen Zustands im Rahmen des Opportunitätsprinzips - auch unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 I GG) ergeben. Zwar gibt der Gleichbehandlungsgrundsatz regelmäßig keinen Anspruch auf eine sog. Gleichbehandlung im Unrecht²⁰³⁾. Im Rahmen des Opportunitätsprinzips handelt die zuständige Behörde jedoch nicht unrechtmäßig, wenn sie nach pflichtgemäßem Ermessen von einem Einschreiten absieht, überdies ist - wie dargelegt - sogar die verbindliche Zusage des Nichteinschreitens möglich. Wird eine bestimmte Maßnahme mit dem Hinweis angegriffen, die Behörde sei gegen andere gleichgelagerte Sachverhalte nicht eingeschritten, so geht es deshalb nicht ohne weiteres um eine Gleichbehandlung im Unrecht, sondern von Fall zu Fall nur um eine Gleichbehandlung im Rahmen des der Behörde eingeräumten Ermessensspielraums. Soweit dieser Ermessensspielraum reicht, kann ein Anspruch des betroffenen Bürgers auf Gleichbehandlung dann gerechtfertigt sein²⁰⁴⁾. Die zuständige Behörde kann z.B. nicht den Abbau eines planungsrechtlich unzulässigen kleinen Wochenendhauses im Außenbereich (§ 35 BBauG) anordnen oder die Nutzung untersagen, wenn sie etwa zur gleichen Zeit

202) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr I, S. 152/153.

203) BVerwGE 5,1(8); 34,278(283/284); Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 I, RdNr. 173 ff.; Erichsen/Martens, Allg. Verwaltungsrecht, S. 168; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr I, S. 150/151.

204) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr I, S. 153/154.

die Erweiterung eines in der Nähe befindlichen Jagdhauses "zu einem großzügigen, komfortablen Landhaus mit allen Erfordernissen für einen angenehmen Ferien- und Freizeitaufenthalt" baurechtswidrig genehmigt²⁰⁵⁾. Ist aber das Vertrauen des betroffenen Bürgers im Hinblick auf sein geplantes Erwerbsverhalten trotz Verstoßes gegen einschlägige Bestimmungen schutzwürdig, so muß dies in gleicher Weise für den verwaltungsrechtlichen wie für den zivilrechtlichen Rechtsschutz gelten. Soweit der Vertrauensschutz reicht, ist deshalb das geplante Erwerbsverhalten nach den gesamten Umständen - da es unter dem Schutz der Rechtsordnung steht - auch als materiell rechtmäßig zu behandeln. Ein entgangener Gewinn aus solchem Verhalten ist daher ersatzfähig. Der entgangene Gewinn aus dem Verkauf von - unzulässigen - Waren im Marktverkehr ist deshalb ersatzfähig, wenn die zuständige Behörde ihr Nichteinschreiten verbindlich zugesagt hat, und der entgangene Gewinn aus der Nutzung eines bauplanungsrechtlich unzulässigen Gebäudes ist ebenso zu ersetzen, wenn das Vertrauen des Geschädigten in die Fortsetzung der Nutzung aufgrund der behördlichen Praxis schutzwürdig gewesen ist.

Ein entgangener Gewinn aus einem Verhalten, welches den Tatbestand einer Verbotsnorm erfüllt, ist deshalb - auch ohne daß die Voraussetzungen einer behördlichen Erlaubnis erfüllt sind - stets dann ersatzfähig, wenn die zuständige Verwaltungsbehörde aufgrund eines schutzwürdigen Vertrauens des Geschädigten zur Duldung des Erwerbsverhaltens verpflichtet gewesen wäre.

205) VGH Baden-Württemberg, BW VBl 1973,14; Drews/Wacke/Vogel/Martens, aaO; vgl. ferner BVerwG, DVBl 1973, 636; VGH Baden-Württemberg, BauR 1972,43; Erichsen/Martens, aaO.

dd) Sonderfall: Behörde hat bereits entschieden

Erfüllt das geplante Erwerbsverhalten den Tatbestand einer Verbotsnorm, welche die Möglichkeit einer behördlichen Erlaubnis vorsieht, so kann bereits eine Entscheidung der Behörde über die Erteilung oder Versagung dieser Erlaubnis ergangen sein.

Der Geschädigte kann z.B. den Ersatz entgangenen Gewinns aus einer geplanten Tätigkeit im Reisegewerbe (vgl. § 55 GewO) verlangen, obwohl die zuständige Behörde die beantragte Erlaubnis bereits versagt hat, und zwar mit der Begründung, die Versagung der Erlaubnis sei rechtswidrig erfolgt, die Erlaubnis hätte vielmehr korrekterweise erteilt werden müssen, das geplante Erwerbsverhalten sei materiell rechtmäßig gewesen und der entgangene Gewinn mithin ersatzfähig.

Hier stellt sich zunächst die Frage, ob ein Zivilgericht bei der Beurteilung des Schadensersatzanspruchs in irgendeiner Form an die behördliche Versagung der Erlaubnis gebunden ist. Stürner meint dazu, das Zivilgericht sei grundsätzlich an Entscheidungen der Verwaltungsbehörden gebunden und könne für die Beurteilung eines Schadensersatzanspruchs, wenn Erlaubnis/Ausnahmebewilligung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung erteilt oder verweigert seien, lediglich die Nichtigkeit, nicht aber eine sonstige Fehlerhaftigkeit der behördlichen Entscheidung prüfen²⁰⁶⁾. Andererseits könne es aber dem Schädiger nicht verwehrt sein, sich auf die Rücknehmbarkeit des begünstigenden Verwaltungsakts zu berufen, etwa wenn der Geschädigte eine erteilte Erlaubnis erschlichen habe²⁰⁷⁾. Aller-

206) Stürner, aaO (Fußnote 174).

207) Stürner, aaO (Fußnote 174).

dings fällt die unbeschränkte Nachprüfung von Verwaltungsakten auf ihre Rechtmäßigkeit im allgemeinen in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Es trifft aber nicht zu, daß Zivilgerichte stets nur die Gültigkeit eines Verwaltungsakts prüfen dürfen, d.h. ob der Verwaltungsakt aufgrund weittragender Fehler nichtig ist, nicht aber, ob er rechtmäßig oder unrechtmäßig, d.h. anfechtbar ist²⁰⁸⁾. Richtig ist lediglich, daß Zurücknahme und Aufhebung von Verwaltungsakten Angelegenheiten von Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten sind, soweit nicht einem ordentlichen Gericht durch besondere Gesetze die Entscheidung über einen Verwaltungsakt zugewiesen wird (vgl. z.B. §§ 157 ff. BBauG, 23 ff. EG GVG). Wo es aber für zivilrechtliche Ansprüche nicht auf die Gültigkeit eines Verwaltungsakts ankommt, sondern allein auf seine Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit, dort hat auch ein Zivilgericht diese Frage zu prüfen und inzidenter darüber zu entscheiden. Beim Schadensersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB) besteht deshalb keine Bindung der ordentlichen Gerichte an Verwaltungsakte, die trotz Fehlerhaftigkeit - weil Nichtigkeitsgründe ausscheiden - nur anfechtbar und damit gültig sind. Das Zivilgericht ist deshalb im Rahmen einer Amtshaftungsklage berechtigt und verpflichtet, auch einen bestehenden und rechtswirksamen Verwaltungsakt auf seine Rechtmäßigkeit zu überprüfen²⁰⁹⁾. Diese Prüfungsbe-

208) So aber Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, § 24 IV 1 (S. 68) - auf diese Stelle bezieht sich "statt aller" Stürner, aaO (Fußnote 174).

209) BGHZ 2,209(214); 9,129(132); Thomas-Putzo, 6 b zu § 13 GVG; Stein-Jonas, Einl. D I 3 (a.E.); Staudinger-Schäfer, § 839,476 m.w.N.

fugnis der Zivilgerichtsbarkeit findet ihre Grenzen erst dort, wo ein Verwaltungsgericht über die Rechtmäßigkeit/ Rechtswidrigkeit des fraglichen Verwaltungsakts rechtskräftig entschieden hat: Wurde ein Verwaltungsakt auf Anfechtungsklage hin rechtskräftig aufgehoben oder eine Anfechtungsklage aus sachlichen Gründen rechtskräftig abgewiesen, so steht im Rahmen der Rechtskraftwirkung auch für das Zivilgericht bindend fest, ob der fragliche Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig war²¹⁰⁾. Für die Frage des Schadensersatzes bei Beeinträchtigung eines Verhaltens, über dessen öffentlichrechtliche Zulässigkeit eine behördliche Entscheidung ergangen ist, kommt es in gleicher Weise wie für den Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung nicht auf die Gültigkeit, sondern allein auf die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der behördlichen Entscheidung an. Im übrigen kann das Zivilgericht, welches ohne eine behördliche Entscheidung die materielle Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des geplanten Erwerbsverhaltens in vollem Umfang zu prüfen hätte, durch das Vorliegen einer solchen Entscheidung nicht in seiner richterlichen Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht eingeschränkt werden. Ebenso wie in Amtshaftungsfällen ist deshalb auch beim Schadensersatzanspruch wegen Beeinträchtigung eines möglicherweise rechtswidrigen Erwerbsverhaltens das Zivilgericht berechtigt und verpflichtet, die Rechtmäßigkeit einer ergangenen behördlichen Entscheidung zu überprüfen, es sei denn, daß bereits die rechtskräftige Entscheidung eines Verwaltungsgerichts hierüber ergangen ist. Dies bedeutet für die Abhängigkeit eines geplanten Erwerbsverhaltens von einer behördlichen Erlaubnis, welche ohne Entscheidungsspielraum der Behörde - Beurteilungsspielraum/Ermessen (vgl. oben

210) Vgl. BGHZ 9,329,10,220; Staudinger-Schäfer, § 839, 478-480.

Seite 54 ff.) - bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zu erteilen ist: Hat die Behörde die Erteilung der Erlaubnis abgelehnt, so hat das Zivilgericht selbständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen vorgelegen haben. Je nach dem Ergebnis dieser Prüfung ist von der materiellen Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des geplanten Erwerbsverhaltens auszugehen und damit die Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns zu bejahen oder zu verneinen.

Lag die Erteilung der erforderlichen Erlaubnis dagegen im Ermessen der Behörde oder stand der Behörde ein sog. Beurteilungsspielraum zu, so muß der Geschädigte bei Vorliegen eines Ablehnungsbescheids - wie wenn eine Entscheidung der Behörde noch nicht ergangen wäre - darlegen und ggf. beweisen, daß die Erlaubnis bei pflichtgemäßer Ermessensausübung bzw. Einhaltung der Grenzen der Beurteilungsspielraums erteilt worden wäre. Entscheidend für die Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns ist dann wiederum die materielle Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des geplanten Erwerbsverhaltens.

Besonderheiten ergeben sich in den Fällen, in denen die erforderliche behördliche Erlaubnis nicht verweigert, sondern erteilt ist: Der Schädiger kann dann behaupten, die Erlaubnis sei zu Unrecht erteilt, das geplante Erwerbsverhalten mithin materiell rechtswidrig und der entgangene Gewinn deshalb nicht ersatzfähig.

Hier ist zunächst wiederum die Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit der behördlichen Entscheidung zu prüfen. Ergibt diese Prüfung, daß die Erteilung der Erlaubnis rechtswidrig war, so steht damit nicht ohne weiteres die materielle Rechtswidrigkeit des geplanten Erwerbsverhaltens fest. Zu berücksichtigen bleibt eine mögliche Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Betroffenen auf den Bestand der erteilten Erlaubnis. Ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungs-

akt ist nach herkömmlicher Auffassung rücknehmbar, wenn bei Abwägung zwischen öffentlichem Interesse und schutzwürdigem Vertrauen des Betroffenen die öffentlichen Belange überwiegen²¹¹⁾. § 48 III VwVfG gewährt demgegenüber in Abweichung vom bisherigen Rechtszustand für die hier in Frage stehenden Verwaltungsakte, welche nicht auf Geld- oder Sachleistungen gerichtet sind (d.h. insbesondere behördliche Erlaubnisse) Vertrauensschutz nicht durch Bestandsschutz, sondern durch Zubilligung eines finanziellen Ausgleichs für erlittene Vermögensnachteile. Hierdurch wird die herkömmliche Beschränkung der Rücknahmemöglichkeit bei rechtswidrig erteilten Erlaubnissen allerdings nicht gegenstandslos: Jedenfalls überall dort, wo das schutzwürdige Vertrauen nicht allein in Geldeswert zu beziffern ist, kann die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakts auch nach heute geltendem Recht unzulässig sein²¹²⁾. Wäre danach die Rücknahme der rechtswidrig erteilten Erlaubnis nicht zulässig gewesen, hätte mithin die Behörde im Interesse des Betroffenen dessen geplantes Erwerbsverhalten dulden müssen, so stand dieses Verhalten unter dem Schutz der Rechtsordnung und war damit materiell rechtmäßig. Dies galt nach herkömmlichem Recht für alle Fälle, in denen das Vertrauen des Betroffenen in den Bestand der erteilten Erlaubnis bei Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme schutzwürdig war. Wenn nunmehr § 48 III VwVfG auch für Fälle dieser Art eine Rücknahmemöglichkeit eröffnet und den Betroffenen auf Geldentschädigung verweist, so kann dies für den zivilrechtlichen Schutz eines geplanten Erwerbsverhaltens gegen Eingriffe Dritter keinen Unterschied zur Folge haben: Überall dort, wo das Vertrauen des Betroffenen im Hinblick auf

211) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 262 ff.; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, S. 53 V (S. 460 ff); Erichsen/Martens, Allg. Verwaltungsrecht, S. 203 ff.

212) Erichsen/Martens, Allg. Verwaltungsrecht, S. 208; Kopp, VwVfG, § 48,12; Meyer/Borgs, VwVfG, § 48,24/36.

sein geplantes Erwerbsverhalten bei Eingriffen der zuständigen Behörde verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz genießt, läßt sich auch entsprechender zivilrechtlicher Rechtsschutz gegenüber Eingriffen Dritter nicht mit der Begründung versagen, das geplante Erwerbsverhalten hätte öffentlichrechtliche Bestimmungen verletzt. Das beabsichtigte Erwerbsverhalten des Geschädigten ist deshalb in allen Fällen als materiell rechtmäßig zu behandeln, in denen ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen nach herkömmlichem Recht zum Ausschluß der Rücknahme geführt hätte, und wo es für den Geschädigten nach heute geltendem Recht, wenn er durch die Behörde an seinem geplanten Erwerb gehindert worden wäre, einen Anspruch auf finanziellen Ausgleich durch die Behörde begründet hätte (vgl. § 48 III VwVfG). Erst wenn das Vertrauen des Geschädigten bei Abwägung mit öffentlichen Belangen nicht schutzwürdig gewesen wäre, kann das geplante Erwerbsverhalten materiell rechtswidrig sein. Hier bleibt dann zu berücksichtigen, daß die Rücknahme der rechtswidrig erteilten Erlaubnis - auch bei fehlendem schutzwürdigen Vertrauen des Betroffenen - noch im Ermessen der zuständigen Behörde steht (vgl. § 48 I VwVfG). Stürner²¹³⁾ meint dazu: Wollte man annehmen, daß der Schädiger darlegen und beweisen müßte, daß die Behörde die Erlaubnis tatsächlich zurückgenommen hätte, so wäre der Schädiger praktisch gezwungen, den Geschädigten während des Prozesses bei der erlaubniserteilenden Behörde zu denunzieren. Dieses Ergebnis sei wenig erfreulich und spräche eher für die Lösung, das Fehlen eines schutzwürdigen Vertrauens in den Bestand der rechtswidrig erteilten Erlaubnis auf Seiten des Geschädigten genügen zu lassen. Richtigerweise sollte hier der Gedanke im Vordergrund stehen, daß das behördliche Ermessen - wenn ein Vertrauensschutz zugunsten des Betroffenen

213) Stürner, aaO (Fußnote 174)

keine Rolle spielt - lediglich dem öffentlichen Interesse dient. Die Lage ist hier, selbst wenn die Behörde innerhalb ihres Ermessens aus irgendeinem Grunde von einer Rücknahme der Erlaubnis abgesehen hätte, nicht anders als sonst in den Fällen der Duldung eines rechtswidrigen Verhaltens im Rahmen der Gefahrenabwehr. Die bloße, auch rechtmäßige behördliche Duldung auf der Grundlage des Opportunitätsprinzips macht ein materiell rechtswidriges Verhalten noch nicht rechtmäßig. Erst wenn der Vertrauensschutz zugunsten des Betroffenen die Duldung erfordert, läßt sich von einem materiell rechtmäßigen Verhalten sprechen (vgl. oben Seite 58 ff.). Dies bedeutet für alle Fälle der Rücknehmbarkeit einer rechtswidrig erteilten Erlaubnis, in denen das Vertrauen des Betroffenen keinen verwaltungsrechtlichen Schutz genießt: Das geplante Erwerbsverhalten bleibt ungeachtet der rechtswidrig erteilten Erlaubnis materiell rechtswidrig, und entgangener Gewinn aus solchem Verhalten ist nicht ersatzfähig.

Zusammenfassend läßt sich festhalten: Auch wenn eine behördliche Entscheidung ergangen ist, entscheidet die materielle Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des geplanten Erwerbsverhaltens über die Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns. Einschränkungen der zivilgerichtlichen Überprüfung sind nicht anzuerkennen, es sei denn aufgrund einer rechtskräftigen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung.

b) privatrechtliche Verbote

Im Rahmen der Verletzung öffentlichrechtlicher Verbote durch ein geplantes Erwerbsverhalten entscheidet für die Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns, wie dargelegt, die materielle Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des beabsichtigten Verhaltens, d.h. es kommt darauf an, ob der Geschädigte bei rechtmäßiger Entscheidung der zuständigen Behörde eine

Erlaubnis für sein geplantes Erwerbsverhalten erlangt hätte oder zumindest die Duldung dieses Verhaltens durch die zuständige Behörde hätte verlangen können. Eine andere Beurteilung ist möglicherweise geboten, wenn das beabsichtigte Erwerbsverhalten nicht gegen öffentlich-rechtliche Verbote verstoßen, sondern eine Verletzung privater Rechte Dritter vorausgesetzt hätte. Da die Durchsetzung privater Rechte grundsätzlich dem betroffenen Bürger selbst überlassen ist, liegt es nahe, die Schadensersatzpflicht bei Verstoß des geplanten Erwerbsverhaltens gegen private Rechte Dritter von dem hypothetischen Verhalten des betroffenen Dritten abhängig zu machen. Dabei scheiden wiederum von vornherein diejenigen Fälle aus, in denen der betroffene Dritte das geplante Erwerbsverhalten in Ausübung seiner Rechtspositionen verhindert hätte. Zu entscheiden bleiben allein solche Fälle, in denen der Dritte mutmaßlich gegen die Verletzung seiner Rechte nichts unternommen hätte, so daß von der Entstehung eines entsprechenden Erwerbsausfall-schadens ausgegangen werden kann (vgl. § 252 Satz 2 BGB).

aa) Standpunkt der überwiegenden Auffassung

Die ganz überwiegende Auffassung unterscheidet für die Frage der Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns, welcher unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften erzielt worden wäre, nicht danach, ob Vorschriften des privaten oder öffentlichen Rechts durch das geplante Erwerbsverhalten verletzt worden wären²¹⁴⁾. Die Rechtsprechung hat ein Erwerbsverhalten, welches die Verletzung privater Rechte Dritter durch Vertragsbruch vorausgesetzt hätte, gelegentlich als sittenwidrig gewertet und die Zubilligung

214) Nachweise oben Fußnote 143; a.A.: Stürner, aa0, (Fußnote 28).

eines Ersatzanspruchs daraufhin abgelehnt²¹⁵⁾. Für den Fall der Verletzung eines Wassernutzungsrechts, dessen Inhaber die geplante Nutzung nur hätte ausüben können, indem er seinerseits die Wassernutzungsrechte Dritter verletzt hätte²¹⁶⁾, hat das Reichsgericht den geltend gemachten Schadensersatzanspruch verneint und ausgeführt: "Der entgangene Gewinn, der nach § 252 BGB den zu ersetzenden Schaden mitumfaßt, ist nur der in erlaubter Weise zu erzielende Vorteil. Aus rechtswidrigen Handlungen soll niemand Vorteil ziehen dürfen; daher kann die Entziehung eines solchen Vorteils auch keinen Schadensersatzanspruch begründen"²¹⁷⁾. Anders würde das Ergebnis lauten, wenn der Geschädigte durch Vereinbarung mit den betroffenen Dritten das Recht erworben hätte, das entnommene Wasser im geplanten Umfang zu nutzen²¹⁸⁾. Nach der ganz überwiegenden Auffassung spielt es mithin keine Rolle, ob das beabsichtigte Erwerbsverhalten wegen Verstoßes gegen öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Normen als rechtswidrig anzunehmen ist; ein Ersatz des entgangenen Gewinns scheidet vielmehr in beiden Fällen aus.

bb) differenzierende Auffassung (Stürner)

Nach Stürner ist der Ersatz entgangenen Gewinns ein Äquivalent für die rechtswidrig beschränkte wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Geschädigten²¹⁹⁾. Stürner kommt von

215) So in den Fällen RGZ 100,112(113/114) - oben Fußnote 38 - und BGH VersR 1954,498 - oben Fußnote 39.

216) Wassernutzungsrechte an öffentlichen Gewässern sind zwar öffentlichrechtlicher Natur, ihr Schutz gegenüber privaten Dritten erfolgt aber durch zivilrechtliche Unterlassungsansprüche, vgl. Palandt-Bassenge, § 1004,1 b; Hundertmark ZfW 1968,228 ff.

217) RGZ 90,52 ff. (64) - oben Fußnote 143.

218) RGZ, aaO.

219) Stürner, aaO (Fußnote 28).

diesem Ausgangspunkt - da die Handlungsfreiheit nur im Rahmen der Gesetze besteht - im Einklang mit der allgemeinen Auffassung zu der Grundthese, daß ein entgangener Gewinn dort nicht ersatzfähig ist, wo eine entsprechende Handlungsfreiheit gefehlt hat, weil das geplante Erwerbsverhalten gegen Rechtsnormen verstoßen hätte²²⁰⁾. Dies gelte jedoch nicht ohne weiteres für die Fälle, in denen das angestrebte Erwerbsverhalten nicht öffentliches Recht, sondern allein private Rechte Dritter verletzt hätte. Hier hänge die Entscheidung über die Ersatzfähigkeit des Schadens davon ab, wie man das Verhältnis von Handlungsfreiheit und Privatrecht bewerte. Betone man den der Privatrechtsordnung innewohnenden Institutionenschutz und begreife die Privatrechtsordnung in erster Linie als gesellschaftliche Lebensordnung, so schränkten die Normen des Privatrechts die Handlungsfreiheit des einzelnen Bürgers unmittelbar ein. Zu einem anderen Ergebnis komme man dagegen, wenn man in den Vordergrund stelle, daß erst die Berufung auf das subjektive Recht durch den Mitbürger die Handlungsfreiheit des einzelnen beschränke. Dann ende diese Handlungsfreiheit erst an der Gegenwehr des Mitbürgers. Solange dagegen der Inhaber des subjektiven Rechts Übergriffe zwar nicht erlaube und billige, aber doch toleriere, hindere die Rechtsordnung niemanden an der Ausdehnung seines Handlungsspielraums über die von der Privatrechtsordnung gezogenen Schranken, solange nicht die vom öffentlichen Recht markierte Grenze der Sozialschädlichkeit überschritten sei. Es sei deshalb für die Frage der Ersatzfähigkeit eines entgangenen Gewinns, welcher unter Verstoß gegen Bestimmungen des Privatrechts erzielt worden wäre, nicht die privatrechtliche Rechtslage entscheidend, sondern allein der Umstand, ob der Rechtsinhaber den Übergriff des Geschädigten auf seine Rechte toleriert hätte oder nicht: Wenn etwa der Vertragspartner des Ge-

220) Stürner, aaO.

schädigten sich an der Nichterfüllung nicht gestört hätte, weshalb solle es dann dem Geschädigten verwehrt sein, den aufgrund dieser Toleranz erzielten Gewinn zu beanspruchen? Eine Korrektur sei allein dort erforderlich, wo der privatrechtlich organisierte Schutz sozialer Interessen "besonders plastisch" hervortrete. Wenn z.B. ein Gewinn nur durch wettbewerbswidriges Verhalten hätte erzielt werden können, so könne seine Ersatzfähigkeit nicht davon abhängig sein, ob ein Mitbewerber Klage erhoben hätte. Das UWG bezwecke - wie auch andere Vorschriften - gleichzeitig den Schutz privater und öffentlicher Interessen, und in Fällen dieser Art sei ein Ersatz entgangenen Gewinns, welcher unter Verstoß gegen solche Bestimmungen erzielt worden wäre, stets ausgeschlossen, auch wenn nicht gleichzeitig eine Verletzung von Straf- oder Bußgeldvorschriften gegeben sei, welche ohnehin die Liquidationsmöglichkeit beseitige²²¹⁾.

cc) Stellungnahme

Die Überzeugungskraft der von Stürner vorgeschlagenen Unterscheidung ist fraglich. Selbst wenn man die Handlungsfreiheit des Geschädigten als tragendes Kriterium für die Abgrenzung des ersatzfähigen Schadens anerkennt, so besteht diese Handlungsfreiheit doch zunächst einmal nur im Rahmen des geltenden Rechts, sei dies öffentlicher oder privatrechtlicher Natur. Macht der Geschädigte geltend, er hätte zur geplanten Gewinnerzielung in private Rechte Dritter getrost eingreifen können, da mit einem Einschreiten nicht zu rechnen gewesen wäre, so beruft er sich nicht auf seine vom Schädiger vereitelte Handlungsfreiheit, sondern vielmehr darauf, daß der Dritte, in dessen Rechte der Geschädigte einzugreifen beabsichtigte, die geplante eigenmächtige Ausweitung des Handlungsspielraumes

221) Stürner, VersR 1976, 1012 (1015).

widerstandslos hingenommen hätte. Der Geschädigte beansprucht damit nicht Ausgleich für die Beeinträchtigung seiner von der Rechtsordnung geschützten Handlungsfreiheit, sondern er verlangt vom Schädiger, einen beabsichtigten Eingriff in den von der Rechtsordnung geschützten Freiraum Dritter zu honorieren. Geht man davon aus, daß die Handlungsfreiheit des Geschädigten eine Grenze für die Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns markiert, so liegt deshalb der Gedanke nahe, daß dies für die rechtlich geschützte Handlungsfreiheit des Geschädigten gilt, nicht aber für eigenmächtige Obergriffe im Rechte Dritter. Das Untätigbleiben des Dritten gegenüber der Verletzung seiner Rechte wird in den seltensten Fällen auf schlichte Gleichgültigkeit zurückzuführen sein. Näher liegen Ursachen wie Unwissenheit, Unbeholfenheit, Rechtsunkenntnis, Beweisnot, Kostenrisiko oder wirtschaftlicher Druck, welche den verletzten Dritten davon abhalten, seine Rechte zu wahren. Hier Schadensersatz zuzusprechen hieße, den rigorosen Rechtsgenossen zu privilegieren, welche die Rechte seiner Mitbürger mißachtet und auf Unbeholfenheit, Unwissenheit oder wirtschaftliche Unterlegenheit spekuliert. Es würde sich um eine Privilegierung nicht zuletzt auch gegenüber dem Schädiger handeln, welcher an den Normen der Rechtsordnung festgehalten werden und Schadensersatz leisten soll, während der Geschädigte die Grenzen dieser Normen nicht für sich gelten läßt und den Ersatz von Vorteilen verlangt, die ihm aufgrund eigener rechtswidriger Eingriffe in Rechte Dritter erwachsen wären. Zu denken bleibt an den Parallellfall der Duldung eines Erwerbsverhaltens, welches öffentlichrechtliche Vorschriften verletzt, durch die zuständige Behörde im Rahmen des Opportunitätsprinzips: Das Nichteinschreiten, die bloße Duldung einer Rechtsverletzung machen das Handeln des Verletzers noch nicht rechtmäßig. Das Erwerbsverhalten genießt vielmehr erst dann den Schutz der Rechtsordnung - und damit auch des Schadens-

rechts - wenn der Handelnde das Nichteinschreiten verlangen kann (vgl. oben Seite 58 ff.). Für den hier zu entscheidenden Fall des Eingriffs in private Rechte Dritter durch ein geplantes Erwerbsverhalten bedeutet dies: Nicht das bloße Untätigbleiben des Dritten legitimiert das Verhalten des Geschädigten, sondern erst ein Anspruch des Geschädigten auf Duldung seines Erwerbsverhaltens, sei es aufgrund einer darüber getroffenen Vereinbarung, sei es, weil Abwehrbefugnisse des Dritten aufgrund Hinzutretens weiterer Umstände²²²⁾ verwirkt sind. Für die Ersatzfähigkeit eines entgangenen Gewinns ist es deshalb unerheblich, ob ein geplantes Erwerbsverhalten gegen öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Normen verstoßen hätte. Entscheidend ist allein die materielle Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des geplanten Erwerbsverhaltens. Hätte die Erzielung des entgangenen Gewinns einen rechtswidrigen Eingriff in private Rechte Dritter vorausgesetzt, so ist der solchermaßen entgangene Gewinn kein ersatzfähiger Schaden.

Für die Rechtslage beim entgangenen rechtswidrigen Gewinn läßt sich deshalb als Ergebnis festhalten:

Die Ersatzfähigkeit eines entgangenen Gewinns, zu dessen Erzielung ein materiell rechtswidriges Verhalten erforderlich gewesen wäre, scheidet in jedem Fall aus.

222) Zur Verwirkung, welche über die bloße Nichtgeltendmachung eines Rechts hinaus stets weitere Umstände voraussetzt, welche eine spätere Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen, vgl. Palandt-Heinrichs § 242,9; Erman-Sirp § 242,84 ff.; Esser-Schmidt, Schuldrecht I, § 5 III 2 (S. 50 ff.); Larenz, Schuldrecht I, § 10 II b (S. 112/113).

b. Parallele zum entgangenen Gewinn bei Beeinträchtigung sittenwidriger Geschäfte

Fraglich ist, ob sich die für den entgangenen Gewinn aus rechtswidrigem Handeln geltenden Grundsätze, welche zum Ausschluß der Ersatzfähigkeit führen, übertragen lassen auf die Fälle der Beeinträchtigung eines sittenwidrigen, aber nicht verbotenen Verhaltens.

Ausgangspunkt war die Oberlegung der Rechtsprechung, wonach ein Gewinn, dessen unmittelbare Erzielung die Rechtsordnung untersage, nicht auf dem Umweg über das Schadensersatzrecht von Rechts wegen zu beanspruchen sein kann²²³). Dieser für den verbotswidrigen Erwerb gültige Gedanke verfängt nicht beim sittenwidrigen, aber gleichwohl nicht verbotenen Erwerbsverhalten: Die unmittelbare Erzielung eines solchen Erwerbs wird von der Rechtsordnung gerade nicht untersagt. Der Erwerb, welcher - ohne verboten zu sein - lediglich gegen die guten Sitten verstößt, mag unerwünscht und mißbilligenswert sein. Solange ein entsprechendes Verbot nicht geschaffen wird²²⁴), nimmt die Rechtsordnung das sittenwidrige Erwerbsverhalten nichtsdestoweniger in Kauf. Da somit die unmittelbare Gewinnerzielung durch sittenwidriges, aber nicht verbotenes Handeln von der Rechtsordnung toleriert wird, so spricht dies eher für als gegen die Ersatzfähigkeit eines entgangenen Gewinns aus sittenwidrigem Verhalten²²⁵). Ähnliches gilt für die Ober-

223) Nachweise oben Fußnote 144.

224) Dies ist ggf. durch sehr allgemein gehaltene gesetzliche Bestimmungen möglich, vgl. z.B. die Verbote sittenwidrigen Wettbewerbs, § 1 UWG, oder vorsätzlich sittenwidriger Schädigung, § 826 BGB.

225) Die Duldung sittenwidrigen, aber nicht verbotenen Verhaltens durch den Gesetzgeber war wiederholt das Argument für die Anerkennung der Ersatzfähigkeit des Erwerbsausfalls von Prostituierten durch Instanzgerichte, vgl. OLG Düsseldorf, aaO (Fußnote 2); LG Offenburg, aaO (Fußnote 5); OLG München, aaO (Fußnote 7).

legungen, welche an den Schadensersatz als Ausgleich für die rechtswidrige Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit des Geschädigten anknüpfen²²⁶⁾. Der Geschädigte, dessen geplantes Erwerbsverhalten sittenwidrig, aber nicht verboten ist, überschreitet nicht die Grenzen des von der Rechtsordnung tolerierten Handelns und verletzt insbesondere keine rechtlich geschützten Freiräume Dritter. Fraglich ist, ob der Ersatz entgangenen Gewinns aus sittenwidrigem Verhalten eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Schädiger und Geschädigtem bedeuten würde²²⁷⁾. Diese läge sicher dann vor, wenn das Recht den Schädiger seinen Maßstäben unterwerfen würde und gleichzeitig dem Geschädigten gestattete, vom Schädiger entgangenen Gewinn aus rechtswidrigem Verhalten zu liquidieren. Handelt es sich dagegen um einen entgangenen Gewinn aus sittenwidrigem, aber nicht verbotenem Verhalten, so mag der Geschädigte zwar einen unerwünschten und mißbilligten Erwerb im Auge gehabt haben, er hätte sich aber gleichwohl innerhalb der von der Rechtsordnung tolerierten Grenzen gehalten und versucht deshalb nicht, den Schädiger Maßstäben zu unterwerfen, welche er selbst mißachtet. Der Ersatz von entgangenem Gewinn aus sittenwidrigem, aber nicht verbotenem Handeln würde deshalb keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Schädiger und Geschädigtem bedeuten. Der Gedanke der Selbstbehauptung des Rechts fordert zwar die Versagung des Rechtsschutzes für entgangenen Gewinn, welcher durch rechtswidriges Tun hätte erzielt werden sollen²²⁸⁾. Die Rechtsordnung toleriert jedoch unbeschadet ihrer Wertentscheidungen die unmittelbare Erzielung eines Gewinns durch sittenwidriges, aber nicht verbotenes Verhalten. Schadensersatzansprüche hätten aber lediglich die

226) Stürner, aaO (Fußnote 28).

227) Vgl. Prölss, aaO (Fußnote 147).

228) Vgl. Prölss, aaO (Fußnote 147).

Funktion, einen sekundären Ausgleich zu schaffen für einen entgangenen Erwerb, dessen unmittelbare Erzielung von der Rechtsordnung hingenommen worden wäre. Wenn das Recht aber schon das eigentliche sittenwidrige Verhalten und die damit verbundene Gewinnerzielung duldet, dann kann die Selbstbehauptung dieser Rechtsordnung kaum dadurch in Frage gestellt sein, daß - in gewissen Grenzen²²⁹⁾ - bei Beeinträchtigung des von der Rechtsordnung tolerierten Verhaltens sekundäre Schadensersatzansprüche gewährt werden²³⁰⁾. Der Einwand des sog. rechtmäßigen Alternativverhaltens²³¹⁾, durch welchen der Schädiger geltendmacht, er hätte den Schaden auch durch rechtmäßiges Handeln herbeiführen können, scheidet bei Beeinträchtigung eines lediglich sittenwidrigen, aber nicht verbotenen Erwerbsverhaltens regelmäßig aus: Dem Schädiger ist es wie jedem Dritten nicht erlaubt, den Geschädigten an einem sittenwidrigen Erwerb zu hindern, solange durch diesen Erwerb Verbotsbestimmungen nicht verletzt werden. Der Geschädigte macht vielmehr von seiner Handlungsfreiheit in einer Weise Gebrauch, die zwar mißbilligt wird, aber gleichwohl nicht unter Zwang verhindert werden darf. Die Überlegungen zeigen, daß für den Ersatz entgangenen Gewinns aus rechtswidrigem Verhalten andere Regeln gelten als für den Ersatz entgangenen Gewinns, wel-

229) Vgl. z.B. BGH, aaO (Fußnote 27), welcher einen Teil des entgangenen Dirnenlohns für ersatzfähig ansieht.

230) Prölss ZHR 132(1969), 35(67/68) meint dagegen: "Würde man Schadensersatz- und Abwehransprüche wegen Beeinträchtigung anstößig ausgeübter Rechte zulassen, so bedeutete dies Restitution oder Erhaltung eines sitten- oder gesetzwidrigen Zustandes, was dem Präventionsgedanken und dem Gedanken der Selbstbehauptung des Rechts in so eklatanter Weise widerspricht, daß deswegen eine Störung des Rechtsfriedens in Kauf genommen werden muß. Diese Argumentation beruht auf der pauschalen Gleichsetzung von rechts- und sittenwidrigem Verhalten. Abwehr eines verbotenen Verhaltens und Toleranz gegenüber sittenwidrigem Verhalten sind aber zu unterscheiden, und bei Gewährung von Schadensersatz wegen Beeinträchtigung eines von der Rechtsordnung geduldeten Verhaltens sind Widersprüche zu Präventions- und Selbstbehauptungsgedanken keineswegs offenkundig.

231) Nachweise oben Fußnote 149.

cher durch sittenwidriges Handeln erzielt worden wäre.

Eine Oberlagerung der Grundsätze, welche zum Ausschluß des Ersatzes entgangenen Gewinns aus rechtswidrigem Verhalten führen, auf die Fälle des entgangenen Gewinns aus sittenwidrigem Tun scheidet deshalb aus.

2. Unzulässigkeit der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit als Prinzip

Möglicherweise existiert ein Rechtsprinzip des Inhalts, daß die Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit zur Begründung von Ansprüchen ausgeschlossen ist. Dieses Rechtsprinzip könnte Grundlage dafür sein, in den hier untersuchten Fällen des Schadensersatzes bei Beeinträchtigung sittenwidriger Geschäfte dem Geschädigten die Geltendmachung eines entgangenen Gewinns zu versagen, dessen Erzielung ein sittenwidriges Verhalten vorausgesetzt hätte.

a. nemo turpitudinem suam allegans auditur

Die Glossatoren formulierten im Anschluß an römischrechtliche Quellen²³²⁾ den Satz: nemo turpitudinem suam allegans auditur²³³⁾. Die römischen Begriffe turpis und turpitude beziehen sich auf Verstöße gegen alt hergebrachte, im Volksbewußtsein wurzelnde, sittliche Vorstellungen²³⁴⁾. Unrecht ist in diesem Zusammenhang im Sinne der römischen turpitude der Verstoß gegen Rechts- oder Sittenordnung²³⁵⁾.

232) Vgl. dazu Riezler, IherJb 89(1941), 177 ff.

233) Honseil, Rückabwicklung, S. 93; Kiefner, SavZ 79(1962), 239 (270 Fußnote 118).

234) Vgl. Kaser SavZ 60(1940), 95(103 ff.); Bufe AcP 157 (1957/1958), 215(244). Der Satz beinhaltet, wie Riezler es formuliert hat, ein Verbot der Berufung auf eigenes Unrecht, Riezler, aaO.

235) Vgl. Riezler, aaO; Kaser, aaO.

Ein Prinzip von der Unzulässigkeit der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit hat in dieser Allgemeinheit keine gesetzliche Regelung gefunden. Seine Überzeugungskraft für das geltende Recht läßt sich demonstrieren an Fällen, in denen Handlungen einen Anspruchsgrund bilden sollen, die evident und schwerwiegend gegen Rechts- und Sittenordnung verstoßen: Wer etwa für die Ausführung eines Verbrechens gezahlt hat, kann diese Zahlung nicht zurückfordern, wenn die Tat ausbleibt oder fehlschlägt. Der entgangene Verbrechenslohn kann auch nicht Gegenstand eines Schadensersatzanspruchs sein, wenn der Täter - etwa durch einen von einem Dritten zu vertretenden Unfall - daran gehindert worden ist, sich durch Ausführung der Tat das versprochene Entgelt zu verdienen. Wenn dagegen Handlungen einen Anspruchsgrund bilden sollen, welche weniger schwerwiegende Verstöße beinhalten - insbesondere Handlungen, welche lediglich gegen die guten Sitten verstoßen, ohne darüber hinaus verboten zu sein - so leuchtet die Geltungskraft des Prinzips vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit nicht mehr ohne weiteres ein: Ohne Blick auf gesetzliche Regelungen ist es durchaus fraglich, ob z.B. ein Geldbetrag, welcher für den Wechsel der Religionszugehörigkeit²³⁶⁾ oder die Nichtteilnahme als Konkurrent an einem sportlichen Wettkampf²³⁷⁾ gezahlt worden ist, zurückverlangt werden kann, wenn der beabsichtigte Erfolg ausbleibt²³⁸⁾. Als Antwort

236) Vgl. RG SeuffArch 69 Nr. 48; KG HRR 1933,1830.

237) Vgl. RG aaO (Fußnote 48).

238) Honsell meint dazu: Der Ausschluß der Rückforderung müsse auf fehlgeschlagene Leistungen für per se sittenwidrige Handlungen beschränkt bleiben. Sei die Handlung, für welche ein Entgelt gezahlt worden sei, als solche sittlich neutral (z.B. ein Wechsel der Religion) und sei lediglich die Kommerzialisierung dieser Handlung anstößig, so sei das "schwere Geschütz" des Kondiktionsausschusses nicht gerechtfertigt, eben weil die versprochene Handlung als solche nicht anstößig sei (Honsell, Rückabwicklung, S. 142/143).

auf die Frage nach dem Schadensersatz bei Beeinträchtigung sittenwidriger, aber nicht verbotener Geschäfte kann der Satz vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit ebenfalls nicht von vornherein Überzeugungskraft für sich in Anspruch nehmen, wie schon die Meinungsverschiedenheiten zum Anspruch der verletzten Prostituierten auf Ersatz des entgangenen Dirnenlohns augenfällig zeigen (vgl. oben Seite 2 ff.).

Als Gedanken, welche hinter dem Satz vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit stehen, lassen sich nennen:

Der Rechtsschutz vor staatlichen Gerichten soll denjenigen versagt sein, welche sich durch ihre Beteiligung an rechts- oder sittenwidrigen Geschäften außerhalb der Rechtsordnung stellen²³⁹⁾. Niemand kann danach aus eigenen Rechts- oder Sittenverstößen zu seinen Gunsten Rechte herleiten²⁴⁰⁾. Wer verbotene oder sittenwidrige Geschäfte vornimmt, handelt auf eigene Gefahr und kann nicht mit richterlicher Hilfe rechnen, wenn ihn sein Partner im Stich läßt²⁴¹⁾. Für den Ausschluß der Rückforderung bei Vorleistungen eines Teils auf ein rechts- oder sittenwidriges Geschäft sprechen Gedanken der Prävention und Deliktsvermeidung: Würde man die Rückforderung der Vorleistung aufgrund der Nichtigkeit des Geschäfts zulassen, so könnte die drohende Rückforderung für den Empfänger Veranlassung sein, seine Gesetz- oder

239) Vgl. v. Caemmerer, SJZ 1950,646(649); Raiser, JZ 1951, 718(719); Niederländer, Festgabe für Gutzwiller, 621 (622); Prölss ZHR 132(1969), 35(43); Larenz, Schuldrecht II § 69 III (S. 497); Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 226,4 (S. 906).

240) Niederländer, aaO.

241) Raiser, aaO; Enneccerus-Lehmann, aaO.

sittenwidrige Leistung zu erbringen. Die Zulassung der Rückforderung müßte sich deshalb als faktischer Zwang zur Erfüllung des rechts- oder sittenwidrigen Geschäfts auswirken²⁴²⁾. Derjenige, welcher damit rechnen muß, daß er seine Vorleistung auf ein rechts- oder sittenwidriges Geschäft endgültig verliert, ohne die Gegenleistung zu erhalten, wird durch die Versagung der Rückforderung von einem ersten Schritt zur Ausführung des verbotenen oder sittenwidrigen Geschäfts abgehalten²⁴³⁾. Für den Fall, daß beide Parteien eines Geschäfts rechts- oder sittenwidrig handeln, läßt sich ein Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit auf Gleichgewichtserwägungen stützen: Sind beide Parteien aufgrund rechts- oder sittenwidrigen Handelns gleichermaßen schutzunwürdig, so kann keine Partei gegenüber dem anderen Teil ein "Mehr an Recht" dartun, welches erforderlich wäre, um einen Anspruch auf Veränderung der bestehenden Vermögenslage zu rechtfertigen²⁴⁴⁾. Die Versagung des Rechtsschutzes für eine Veränderung der bestehenden Vermögenslage läßt sich auffassen als eine Neutralitätserklärung der Rechtsordnung²⁴⁵⁾: Grundlage ist die Vorstellung, die Verhältnisse zu lassen, wie sie sind, wenn sich Gründe und Gegengründe die Waage halten²⁴⁶⁾. Der Satz vom Verbot der Berufung auf

242) Vgl. Wilburg bei Klang, § 1174, S. 478; v. Caemmerer, aaO; Prölss ZHR 132(1969), 35(45); Niederländer, Festgabe für Gutzwiller, 621(622/623); Honsell, Rückabwicklung, S. 64.

243) Niederländer, aaO.

244) Vgl. Honsell, Rückabwicklung, S. 63; ähnlich schon Heck, AcP 124(1925), 1(33).

245) Heck, aaO.

246) Honsell, Rückabwicklung, S. 90.

eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit überschneidet sich damit in den Fällen der beiderseitigen Rechts- oder Sittenwidrigkeit mit dem Anwendungsbereich der römischen Regel: in pari turpitudine melior est condicio possidentis²⁴⁷⁾.

Die Bedeutung des Satzes vom Verbot einer Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit für das geltende Recht ist umstritten²⁴⁸⁾. Im Kern kann es nicht darum gehen, ob der Satz vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit als Grundgedanke für die Interpretation des geltenden Rechts zu akzeptieren ist. Die Überzeugungskraft des Prinzips für einige Evidenzfälle, z.B. Kondiktion oder Ersatz von Mordlohn und Bestechungsgeld, leuchtet ohne weiteres ein. Fraglich ist aber die Tragweite des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit in Fällen, in denen die

247) Vgl. zu den römischrechtlichen Grundlagen, Honsell, Rückabwicklung, S. 88 ff.

248) Für weitreichende Geltung des Prinzips vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit: Kohler, ArchBürgR 5,161(200,240 ff.); 18,1(112); Neubecker, ArchBürgR 22,30(70/71); DJZ 1902, 568(569); Krückmann, ArchBürgR 40,41 ff.; Lesser, JW 1919,91; Riezler, aaO (Fußnote 232); Niederländer, Festgabe Gutzwiller, S. 621 ff.; Prölss, ZHR 132(1969), 35 ff.; Flume AT, § 18,10 (S. 389 ff.); Koppensteiner-Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 76; gegen allgemeine Gültigkeit des Prinzips: Heck, AcP 124(1925), 1(58 ff.); Wilburg bei Klang, § 1174, S. 470 ff.; Honsell, Rückabwicklung, S. 61/62; Staudinger-Seufert, § 817,22; zurückhaltend im Ergebnis auch die herrschende Meinung, wenn sie eine Ausdehnung des § 817 S. 2 BGB auf andere als Bereicherungsansprüche ablehnt, vgl. RG LZ 1923,566; RG Warn 31 Nr. 100; BGH NJW 1951,643; BGHZ 39,87(91); 63,365(369); Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 226,2 d (S. 905); Westermann, Sachenrecht, § 30 I 4 (S. 130); Staudinger-Seufert, § 817,8 - für eine gewisse Ausdehnung des § 817 Satz 2 BGB über das Bereicherungsrecht hinaus, insbesondere auf Ansprüche aus § 985 BGB, die überwiegende Literatur: Palandt-Bassenge, Einl. 5 a, cc vor § 854; Erman-Westermann § 817,11; Soergel-Mühl § 986,6; v. Caemmerer, SJZ 1950,646(649 ff.); Raiser, aaO; Boehmer, Grundlagen I, S. 52 ff. (60); Heck AcP 124(125), 1(6); Baur, Sachenrecht, § 5 IV 3 a (S. 43); Larenz, Schuldrecht II, § 69 III (S. 499); Fikentscher § 99 III 4 (S. 592); Medicus, Bürgerliches Recht, RdNr. 697.

Entscheidung nicht offen auf der Hand liegt. Eine schrankenlose Anwendung des Prinzips - Versagung jeden Rechtsschutzes zugunsten eines rechts- oder sittenwidrig Handelnden - muß letztlich dazu führen, die Frage der Gerechtigkeit des Ergebnisses nicht mehr aufzuwerfen²⁴⁹⁾. Beispiel ist etwa die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts, welche beim Wucherdarlehen dem Wucherer einen Anspruch auf Rückzahlung des hingegebenen Kapitals abgesprochen hat²⁵⁰⁾. Erst später akzeptierte das Reichsgericht, daß der Bewucherte durch den Ausschluß des Rückzahlungsanspruchs des Wucherers einen "in nichts begründeten Vermögensvorteil" erhalte, und ließ die Rückforderung des Kapitals nach Ablauf der vereinbarten Darlehensdauer zu²⁵¹⁾. Zutreffend hebt deshalb Wilburg hervor, daß die Regel vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit zu denjenigen allgemeinen Prinzipien gehört, welche rechtspolitische Bedeutung haben, aber keinen Anspruch auf absolute Geltung erheben können²⁵²⁾.

Es soll im folgenden der Tragweite des Satzes vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit anhand des geltenden Rechts nachgegangen werden.

249) Vgl. z.B. Raiser, aaO (Fußnote 239): "Was Treu und Glauben zwischen denjenigen verlangen, die bewußt dem Gesetz ein Schnippchen schlagen, interessiert den Soziologen, aber nicht den Juristen."

250) RG LZ 1916,461; RGZ 151,70 ff.

251) RGZ 161,52(57).

252) Wilburg bei Klang, § 1174, S. 470; vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S. 325/326.

Einige Autoren stellen den Satz vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit allgemein in den Zusammenhang des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB), so daß sich als gesetzliche Anwendungsfälle z.B. die Regelung über Herbeiführung oder Vereitelung eines Bedingungseintritts wider Treu und Glauben (§ 162 BGB) oder der Ausschluß der *condictio ob rem*, wenn der Eintritt des bezweckten Erfolgs wider Treu und Glauben verhindert worden ist (§ 815 BGB), nennen lassen²⁵³⁾. Die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist zwar nicht auf Schuldverhältnisse beschränkt. Sie setzt jedoch voraus, daß zwischen den Beteiligten bereits eine rechtliche Sonderverbindung besteht, deren Maßstäbe den Parteien ein höheres Maß an wechselseitiger Rücksichtnahme abverlangen und deshalb ein Mehr an gegenseitigem Vertrauen rechtfertigen, als es nach den allgemeinen Anforderungen von Recht und Sitte, wie sie gegenüber jedermann gelten, der Fall ist. Fehlt es an einer rechtlichen Sonderverbindung, so ist das Verhältnis der Beteiligten allein an den Maßstäben der allgemeinen Gesetze und guten Sitten zu messen. Es geht dann um diejenigen Mindestanforderungen, welche in jeder Lage gelten, ohne an ein gesteigertes Maß von Bereitschaft zur loyalen Zusammenarbeit im Rahmen irgendeiner Sonderverbindung zwischen den Parteien anzuknüpfen²⁵⁴⁾. Der Satz vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit beansprucht aber Geltung ohne Rücksicht auf das Vorhandensein einer bestimmten, die Maßstäbe der gegenseitigen Rücksicht verschärfenden

253) Vgl. Riezler, IherJb 89(1941), 177(196 ff.); Kiefner, aaO (Fußnote 233); Prölss, ZHR 132(1969), 35(38,40, 52/53); Honseil, Rückabwicklung, S. 62.

254) Vgl. RGZ 160,349(357); Palandt-Heinrichs § 242,1 c; Erman-Sirp § 242,19; Soergel-Siebert § 242,17, Larenz, Schuldrecht I, § 10 I (S. 108); Fikentscher § 26 VI 4 (S. 107/108).

Sonderverbindung. Der Rückgriff auf das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit erübrigt sich überdies, wenn bereits die - als Generalklausel und Leitidee ausdrücklich kodifizierten (§ 242 BGB) - Regeln von Treu und Glauben die Entscheidung tragen. Eine Untersuchung der Tragweite des Satzes vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit anhand des geltenden Rechts kann deshalb gesetzliche Anwendungsfälle des Grundsatzes von Treu und Glauben ausklammern und sich beschränken auf geregelte Fälle der allgemeinen Rechts- und Sittenwidrigkeit.

b. Niederschlag des Prinzips im geltenden Recht: § 817 Satz 2 BGB

Der Satz vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit findet möglicherweise einen Niederschlag im geltenden Recht in der Bestimmung des § 817 Satz 2 BGB, welche ihrem Wortlaut nach die Rückforderung einer Leistung ausschließt, wenn Leistender und Empfänger durch die Hingabe bzw. Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen haben. Nicht vom Wortlaut erfaßt ist der Fall, daß nur der Leistende (z.B. der Wucherer) durch die Hingabe seiner Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt. Die ganz herrschende Meinung wendet § 817 Satz 2 BGB jedoch auch als Ausschlußnorm für Bereicherungsansprüche bei bloß einseitigem Verstoß des Leistenden an, weil, wie das Reichsgericht es formuliert hat, "das Gesetz einer aus verwerflicher Gesinnung heraus erfolgten Leistung seinen Schutz nicht gewähren will"²⁵⁵). Es ist umstritten, wel-

255) Vgl. RGZ 151,70(72/73); BGHZ 50,90(91); Palandt-Thomas § 817,1 a; Erman-Westermann § 817,25; Soergel-Mühl § 817,6; Staudinger-Seufert § 817,18 ff.; Beuthien, Studienkommentar zum BGB, § 817,3 b,cc; Enneccerus-Lehmann, aaO (Fußnote 239); Larenz, Schuldrecht II, § 69 III (S. 498); Flume AT § 18,10 (S. 393); Medicus, Bürgerliches Recht, RdNr. 696; Fikentscher § 99 III 4 (S. 592); a.A. Heck, AcP 124 (1925), 1 ff.; Honsell, Rückabwicklung, S. 17 ff.

cher Rechtsgedanke der Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB zugrundeliegt.

aa. Strafgedanke

Die Rechtsprechung sieht teilweise den Strafgedanken als Zweck der Regelung des § 817 Satz 2 BGB an²⁵⁶⁾. Eine Strafvorschrift wäre jedoch im Zivilrecht, und zwar gerade in dem am Ausgleichsgedanken orientierten Bereicherungsrecht, ein Fremdkörper²⁵⁷⁾. Bedenken ergeben sich insbesondere aus folgenden Gründen: Dort, wo gleichzeitig ein Straftatbestand verletzt worden ist, ist eine zusätzliche zivilrechtliche Strafe durch die Versagung von Rückforderungsansprüchen schwerlich in Einklang zu bringen mit dem Verbot der Doppelbestrafung, Art. 103 III GG (ne bis in idem)²⁵⁸⁾. Wo aber durch eine Leistung, welche unter § 817 Satz 2 BGB fällt, nicht gleichzeitig ein Straftatbestand verwirklicht wird, würde das Zivilrecht bei Anerkennung des Strafgedankens eine Fülle neuer Straftatbestände schaffen, nämlich pauschal jede verbots- oder sittenwidrige Leistung unter Strafe stellen, was weder Anliegen des Straf- noch des Zivilrechts sein kann²⁵⁹⁾.

256) Vgl. RGZ 95,347(349); 99,161(167); 105,270; 161,52(58); BGHZ 39,87(91); 63,365(369); ebenso Siber, Schuldrecht, S. 429.

257) Larenz, aaO (Fußnote 239); Flume AT § 18,10 (S. 390); Niederländer, aaO (Fußnote 239); Honsell, Rückabwicklung, S. 58.

258) So U. Vogel, Diss., S. 96; Honsell, Rückabwicklung, S. 58 Fußnote 7 wendet sich gegen die Heranziehung des Verbots der Doppelbestrafung, weil das Strafrecht auch die Figur der Maßregeln kenne, welche neben die Strafe treten (vgl. §§ 61 ff. StGB). Die Vereinbarkeit von Maßregeln der Sicherung und Besserung mit dem Verbot der Doppelbestrafung ergibt sich aber gerade daraus, daß es sich dabei nicht um Strafen, sondern um Präventivmaßnahmen handelt (zur Unterscheidung eingehend Lang-Heinrichsen, Leipziger Kommentar zum StGB, 1 ff. vor § 42 a (a.F.) StGB).

259) Ähnlich Buße, AcP 157(1958/1959), 215(254); Honsell, Rückabwicklung, S. 59.

Als Strafnorm würde § 817 Satz 2 BGB auch keine Angemessenheit des Strafmaßes erkennen lassen: Einmal hängt die Verwirklichung der Strafe von dem zufälligen Umstand ab, wer von mehreren an einem verbots- oder sittenwidrigen Geschäft Beteiligten sich zu einer Vorleistung bereitfindet, deren Kondition dann beim Ausbleiben der erwarteten Gegenleistung ausgeschlossen ist. Zum anderen berücksichtigt § 817 Satz 2 BGB weder ein mögliches unterschiedliches Gewicht des Gesetzes- oder Sittenverstoßes auf Geber- oder Empfängerseite²⁶⁰⁾, noch überhaupt das Gewicht des Gesetzes- oder Sittenverstoßes, welcher zum Ausschluß der Rückforderung führt²⁶¹⁾. Schließlich bleibt gerade im Falle des in § 817 Satz 2 BGB ausdrücklich geregelten beiderseitigen Sittenverstoßes der Strafzweck unerklärbar: Eine Strafe, die von zwei in gleicher Weise Strafwürdigen nur den einen bestraft, den anderen aber auf Kosten des ersteren gleichsam belohnt, ist nicht verständlich²⁶²⁾. Richtig ist freilich, daß sich der Ausschluß des Rückforderungsanspruchs für den Leistenden im Ergebnis ähnlich wie eine Strafe auswirken kann. Eine solche rein tatsächliche Wirkung ist aber nicht mit dem Zweck der Vorschrift gleichzusetzen²⁶³⁾.

260) OLG Köln, ZMR 1977,148; Soergel-Mühl § 817,22; Honseil, aaO.

261) Heck, AcP 124(1925), 1(57): "Ein ganz leichter Verstoß kann zum Verlust von Millionen führen, während ein schwerer Verstoß gar nicht gebüßt werden muß." Ebenso Honseil, aaO.

262) Larenz, aaO (Fußnote 239); Medicus, aaO (Fußnote 248); ders., Gedächtnisschrift Dietz, S. 61(67); Erman-Westermann § 817,4; Beuthien, Studienkommentar zum BGB, § 817,3 a; Niederländer, aaO; Flume, aaO; Reeb, Grundprobleme, S. 66.

263) Honseil, Rückabwicklung, S. 58.

bb. Rechtsschutzversagung

Die herrschende Meinung betrachtet als Normzweck des § 817 Satz 2 BGB den Gedanken der Rechtsschutzverweigerung²⁶⁴⁾. Der Gedanke der Rechtsschutzversagung vermeidet zwar die Vorbehalte, welche gegen die Anerkennung des Strafgedankens als ratio legis des § 817 Satz 2 BGB sprechen. Rechtsschutzversagung für sich allein ist aber lediglich eine neutral gehaltene Umschreibung der in § 817 Satz 2 BGB angeordneten Rechtsfolge. Der Gedanke der Rechtsschutzversagung bedarf daher einer Erklärung dafür, weshalb der Rechtsschutz verweigert wird²⁶⁵⁾.

In diesem Zusammenhang läßt sich erwägen, die Autorität des Staates und der Rechtspflege schließe es aus, daß für rechts- oder sittenwidrige Leistungen Rechtsschutz beansprucht werde²⁶⁶⁾. Auf ähnlicher Linie liegt die Ansicht, § 817 Satz 2 BGB verstoße ganz mit Absicht eine Quelle unerfreulicher Streitigkeiten²⁶⁷⁾, das Recht wolle von der ganzen unsauberen Angelegenheit nichts wissen²⁶⁸⁾. Die Bedenken gegen eine solche Argumentation zur Begründung des Gedankens der Rechtsschutzversagung

264) RGZ 99,161(167/168) - neben dem Strafgedanken; RGZ aaO (Fußnote 255); BGHZ 28,164(170); 35,103(107); 36,395(399/400); 44,1(6); Palandt-Thomas § 817,3 a; Erman-Westermann § 817,5; Soergel-Mühl § 817,5; Staudinger-Seufert § 817,11; Beuthien, aaO (Fußnote 262); Medicus, aaO; Flume, aaO (beide Fußnote 248); Larenz, aaO; Enneccerus-Lehmann, aaO; v. Caemmerer, aaO; Raiser, aaO; Niederländer, aaO; Prölss, aaO (alle Fußnote 239); Honseil, Rückabwicklung, S. 60 ff. (64).

265) Prölss ZHR 132(1969), 35(43); Honseil, Rückabwicklung, S. 61; ähnlich Reeb, Grundprobleme, S. 66/67.

266) Vgl. BGH, aaO (Fußnote 25), der von Bedenken spricht, für eine Forderung auf Ersatz entgangenen Dirnenlohns "die staatlichen Gerichte einzuspannen".

267) BGHZ 8,348(373).

268) Fikentscher § 99 III 4 (S. 591).

liegen auf der Hand: Die Gerichte können sich der Nachprüfung des Sachverhalts, auch von möglichen straf-, bußgeld- oder steuerrechtlichen Gesichtspunkten abgesehen, ohnehin nicht entziehen. Die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB setzt stets die vollständige Untersuchung des Sachverhalts und die Subsumtion unter das Verbotsgesetz bzw. das Werturteil über die Sittenwidrigkeit voraus²⁶⁹⁾. Dies gilt ganz besonders angesichts der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der z.B. die Prostitution nur noch "zumindest im Regelfall" für sittenwidrig hält, also eventuell in Einzelfällen Ausnahmen zulassen will²⁷⁰⁾, und etwa Mietverträge mit Prostituierten und Pachtverträge über Bordelle nicht allgemein, sondern nur dann für sittenwidrig erachtet, wenn nach den Gesamtumständen die wirtschaftliche Ausbeutung der Prostituierten oder eine sonstige Beeinträchtigung von deren Selbständigkeit Grundlage des Vertrages ist²⁷¹⁾. Argumente, welche auf die Unzumutbarkeit eines

269) Honsell, aaO (Fußnote 248); Bufe, AcP 157(1958/1959), 215(255); v. Caemmerer, SJZ 1950,646(650).

270) BGHZ 67,119(122).

271) Vgl. für Vermietung an Prostituierte: BGH NJW 1970, 1179; für Pachtverträge über Bordelle: BGHZ 63,365 (366/367), zustimmend Palandt-Heinrichs § 138,5 c; Honsell JZ 1975,439(440) tritt dafür ein, in Fällen, in denen der Vertrag zwar nicht nach § 138 BGB nichtig ist, aber doch Menschenwürde und freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigt, ein aus § 242 BGB in Verbindung mit Art. 1 I, 2 I GG herzuleitendes Rücktritts- oder Kündigungsrecht anzuerkennen. Dies wird man z.B. für den längerfristigen Mietvertrag einer Prostituierten in einem Direnenwohnheim akzeptieren müssen, um einer möglichen Änderung des Lebenswandels keine rechtlichen Hindernisse in den Weg zu stellen.

Tätigwerdens der staatlichen Gerichte hinauslaufen, können deshalb die Rechtsschutzversagung in den Fällen des § 817 Satz 2 BGB nicht stützen.

Einige Autoren führen als Grund für die Rechtsschutzversagung die Regel an: *in pari turpitudine melior est condicio possidentis*²⁷²⁾, wonach bei gleicher Schutzwürdigkeit mehrerer Beteiligten keiner Partei die Befugnis zuzusprechen ist, eine Veränderung der bestehenden Vermögenslage zu verlangen. Diese Regel vermag jedoch nur einen Teil des Anwendungsbereichs des § 817 Satz 2 BGB abzudecken: Von einer gleichen Schutzwürdigkeit beider Parteien und damit einer Gleichgewichtslage zwischen den Beteiligten läßt sich nur sprechen, wenn beide Parteien rechts- oder sittenwidrig handeln. Nicht erfaßt sind aber die Fälle des einseitigen Rechts- oder Sittenverstosses nur einer Partei, auf welche die ganz herrschende Meinung den Ausschluß der Rückforderung nach § 817 Satz 2 BGB ebenfalls anwendet²⁷³⁾. Diese herrschende Auffassung ist auch zutreffend: Der Rechts- oder Sittenverstoß nur einer Partei liegt regelmäßig gerade in einer Rechts- oder Sittenverletzung gegenüber dem Kontrahenten, z.B. bei Wucher, Knebelung oder Ausnutzung einer Monopolstellung. Gerade in diesen Fällen rechtfertigt es der Schutz des übervorteilten Partners, Rückforderungsansprüche des Leistenden zu beschränken. Darüber hinaus läßt sich auch beim beiderseitigen Rechts- oder Sittenverstoß ein Gleichgewicht zwischen den Beteiligten nur dann feststellen, wenn beide Parteien ihre Leistungen erbracht haben. In diesen Fällen besteht in der Tat für die Rechtsordnung keine Veranlassung, einer Partei gegenüber der anderen Rechtsschutz für eine Rückabwicklung zu geben. Gäbe es hier

272) So Heck, AcP 124(1925), 1(32 ff.); Honseil, Rückabwicklung, S. 63/64; Fikentscher, aaO.

273) Nachweise oben Fußnote 255.

nicht die gesetzliche Regelung des § 817 Satz 2 BGB, so müßte eine Rückforderung bei beiderseitiger Erreichung des rechts- oder sittenwidrigen Leistungszwecks letztlich am Verbot des *venire contra factum proprium* (§ 242 BGB) scheitern²⁷⁴⁾. Hat aber lediglich eine Partei eine Vorleistung auf ein rechts- oder sittenwidriges Geschäft erbracht und bleibt die erworbene Gegenleistung danach aus, so kann keine Rede mehr von einem Gleichgewicht unter den Beteiligten sein: Der Ausschluß der Rückforderung zulasten des Vorleistenden bedeutet eine evidente Benachteiligung einer Partei zum Vorteil des anderen Beteiligten. Hier läßt sich geradezu von einer "in § 817 S. 2 BGB gelegten Falle" sprechen²⁷⁵⁾, jedenfalls aber nicht mehr von den Wirkungen einer die beiderseitige Schutzwürdigkeit abwägenden Gleichgewichtsidee.

Die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB auf die Fälle des bloßen einseitigen Rechts- oder Sittenverstoßes des Leistenden ebenso wie die Anwendung des Ausschlusses der Kondiktion auf Vorleistungen einer Partei auf ein beiderseitig rechts- oder sittenwidriges Geschäft setzen voraus, als Grund für die Rechtsschutzversagung einen weiterreichenden Gedanken anzuerkennen als die Gleichgewichtsidee: Die Versagung des Rechtsschutzes für die Rückforderung ist nichts anderes als das für den Leistenden geltende Verbot, sich zur Begründung des Rückforderungsanspruchs auf die eigene Rechts- oder Sitten-

274) So konsequent Honsell, Rückabwicklung, S. 150 ff., der § 817 Satz 2 BGB auf beiderseitig erfüllte rechts- oder sittenwidrige Verträge nicht anwenden will und deshalb auf die Grundsätze von Treu und Glauben zurückgreifen muß.

275) So Medicus, Gedächtnisschrift Dietz, 61.

widrigkeit zu berufen²⁷⁶⁾. Die gegen die Interpretation des § 817 Satz 2 BGB als Anwendungsfall des Satzes: *nemo turpitudinem suam allegans auditur* vorgebrachten Einwände zielen darauf ab, daß der Satz vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit in seiner Allgemeinheit nicht haltbar sei²⁷⁷⁾. In der Tat darf der Satz vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit nicht aus dem Zusammenhang der Rechtsordnung herausgelöst werden: Aufgabe der Rechtsordnung ist es in jedem Falle, Gerechtigkeit zu üben und jedem das Seine zu gewähren. Dies muß im Grundsatz auch dann gelten, wenn den Parteien selbst ein Rechts- oder Sittenverstoß zur Last fällt. Gerade in solchen Fällen bleibt es der Rechtsordnung anheimgestellt, Gerechtigkeit auch gegenüber denjenigen walten zu lassen, die selbst das Recht oder die Sittenordnung verletzt haben²⁷⁸⁾. Der Vorrang der Gerechtigkeit gilt insbesondere dann, wenn für ein Gesetz mehrere Auslegungsmöglichkeiten zur Wahl stehen: Das Prinzip der Gerechtigkeit im Einzelfall hat Verfassungsrang (Art. 20 III GG). Läßt eine Gesetzesauslegung die Gerechtigkeit unberücksichtigt, würde aber eine andere mögliche Gesetzesauslegung der Gerechtigkeit dienen, so verlangt es die verfassungskonforme Auslegung, diejenige Interpretation zu wählen, welche der Gerechtigkeit dient²⁷⁹⁾. § 817 Satz 2

276) Insoweit zutreffend, Neubecker, aaO; Krückmann, aaO; Lesser, aaO; Niederländer, aaO (alle Fußnote 248); Riezler IherJb 89 (1941), 177 (204,221/222); Prölss ZHR 132 (1969), 35 (43 ff.); Flume AT § 18,10 (S. 390); Koppensteiner-Kramer, aaO (Fußnote 248).

277) Vgl. Heck, aaO; Wilburg, aaO; Honseil, aaO; Staudinger-Seufert, aaO (alle Fußnote 248).

278) So überzeugend Buße, AcP 157 (1958/1959), 215 (255/256).

279) OLG München MDR 1977,288 für die Auslegung des § 817 Satz 2 BGB. Der Satz des Bundesgerichtshofes zu § 817 Satz 2 BGB: "Der Gesichtspunkt der Gerechtigkeit bleibt bewußt unberücksichtigt" (BGH, aaO, Fußnote 267) ist als verfassungsrechtlich fragwürdig abzulehnen. Eingehend zur sog. verfassungskonformen Auslegung: Larenz, Methodenlehre, S. 329 ff.

BGB ist deshalb zwar gesetzlich geregelter Anwendungsfall des Satzes vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit. Die Vorschrift ist damit aber gleichzeitig diejenige Bestimmung, an deren Modell notwendige Beschränkungen des Satzes vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit für das geltende Recht zu entwickeln sind.

1) Wege zur Beschränkung des § 817 Satz 2 BGB

Im folgenden soll ein kurzer Überblick über einige Vorschläge und Wege zur Beschränkung des § 817 Satz 2 BGB gegeben werden.

a) Beschränkung des § 817 Satz 2 BGB auf Bereicherungsansprüche aus § 817 Satz 1 BGB

Einige Autoren haben versucht, den Anwendungsbereich des § 817 Satz 2 BGB einzuschränken durch Interpretation des Konkurrenzverhältnisses zwischen § 817 Satz 2 BGB, der sich nach Wortlaut und systematischer Stellung allein auf Ansprüche aus § 817 Satz 1 BGB bezieht, und den allgemeinen Ansprüchen des Bereicherungsrechts, insbesondere Ansprüchen aus § 812 I BGB²⁸⁰⁾. Der extreme Standpunkt geht dahin, § 817 Satz 2 BGB lediglich als Ausschlussnorm gegenüber Kondiktionsansprüchen aus § 817 Satz 1 BGB anzuerkennen und demzufolge die Rückforderung einer rechts- oder sittenwidrigen Leistung stets zuzulassen, wenn - neben § 817 Satz 1 BGB - die Voraussetzungen anderer Bereicherungsansprüche erfüllt sind²⁸¹⁾. Diese Ansicht hat jedoch

280) Zur Anwendung des § 817 Satz 2 BGB gegenüber Bereicherungsansprüchen aus § 816 I BGB vgl. bejahend: BGH NJW 1956,338; a.A. z.B. Palandt-Thomas § 816,1 b.

281) Leonhard, Schuldrecht II, S. 494 ff. (503); Oertmann 4 b zu § 817 BGB; Genich, Diss., S. 45; Obornolte, Diss., S. 12 ff.; differenzierend Heck, AcP 124 (1925), 1 (20 ff. 36 ff.)

zur Konsequenz, daß § 817 Satz 2 BGB praktisch keine Anwendung mehr findet: In aller Regel ist nämlich in den Fällen des § 817 Satz 1 BGB, wenn die Kondition sich auf einen gesetz- oder sittenwidrigen Empfang stützen läßt, gleichzeitig ein Bereicherungsanspruch aus § 812 I BGB begründet, weil eine gültige Rechtsgrundabrede für die Leistung fehlt²⁸²⁾. Jedenfalls aber in den Fällen des § 817 Satz 2 BGB, in denen sowohl Leistender als auch Empfänger gesetz- oder sittenwidrig gehandelt haben, ist eine gültige Rechtsgrundabrede für die Leistung nicht denkbar. Denn wenn beide Parteien gemeinsam einen sittenwidrigen Zweck verfolgen, so greifen die §§ 134, 138 BGB in jedem Fall ein, die Rechtsgrundabrede ist also stets nichtig. Wenn also die Voraussetzungen des § 817 Satz 2 BGB erfüllt sind, so liegen stets auch die Voraussetzungen für einen Bereicherungsanspruch aus § 812 I BGB vor²⁸³⁾. Die Beschränkung des § 817 Satz 2 BGB in Anlehnung an Wortlaut und systematische Stellung auf Ansprüche aus § 817 Satz 1 BGB führt somit zu einem gesetzeswidrigen Leerlaufen der Ausschußnorm und ist deshalb abzulehnen²⁸⁴⁾.

b) Anwendung des § 817 Satz 2 lediglich auf beiderseitig erfüllte Geschäfte

Eine vereinzelt vertretene Auffassung geht dahin, § 817 Satz 2 BGB schlechthin in allen Fällen der Vorleistung

282) Als Beispiel für eine selbständige Anwendung des § 817 Satz 1 BGB nennt man den Fall, daß ein Amtsträger einen Vorteil dafür erhält, daß er eine nicht pflichtwidrige Amtshandlung vornimmt (§ 331 I StGB), vgl. Larenz, Schuldrecht II, S. 69 III (S. 495). Kritisch dazu Honsell, Rückabwicklung, S. 33 ff., der einen selbständigen Anwendungsbereich von § 817 Satz 1 BGB in keinem Fall anerkennt.

283) Ebenso Honsell, Rückabwicklung, S. 35.

284) So die herrschende Meinung, Nachweis oben Fußnote 248.

einer Partei auf ein gesetz- oder sittenwidriges Geschäft nicht anzuwenden²⁸⁵⁾. Nach dieser Ansicht beschränkt sich der Zweck des § 817 Satz 2 BGB darauf, bei beiderseitiger Erfüllung eines gesetz- oder sittenwidrigen Geschäfts jedem Beteiligten die Möglichkeit abzuschneiden, Bereicherungsansprüche geltend zu machen, welche erst nach dreißig Jahren verjähren, mithin in der Verhinderung eines dreißigjährigen Reuerechts für jeden Beteiligten. Richtig ist zunächst, daß § 817 Satz 2 BGB weder schlicht im Wege der Wortinterpretation noch schrankenlos im Sinne des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit angewendet werden darf (vgl. oben Seite 92 ff.). Deshalb stellt sich gerade in den Fällen der Vorleistung einer Partei die Frage nach einer Auslegung des § 817 Satz 2 BGB, welche dem Gerechtigkeitsgedanken Rechnung trägt. Würde man § 817 Satz 2 BGB aber in Vorleistungsfällen überhaupt nicht anwenden, so bedeutete dies z.B. die Möglichkeit zur Kondiktion des Mordlohnes oder Bestechungsgeldes, wenn das beabsichtigte Verhalten des Empfängers ausbleibt. Wortlaut und Zweck des § 817 Satz 2 BGB verlangen deshalb jedenfalls im Grundsatz die Geltung des Kondiktionsausschlusses auch in denjenigen Fällen, in denen nur eine Partei auf ein beiderseitig rechts- oder sittenwidriges Geschäft eine Vorleistung erbracht hat.

c) Korrektur der Ergebnisse des § 817 Satz 2 BGB über Treu und Glauben

Eine verbreitete Ansicht befürwortet zwar eine wortgetreue Anwendung des § 817 Satz 2 BGB, will jedoch eine Korrektur der Ergebnisse nach Billigkeit Gesichtspunkten über Treu und Glauben (§ 242 BGB) zulassen²⁸⁶⁾. Dieser

285) BuFe, AcP 157(1958/1959), 215(256); H. Vogel, Diss. S. 47 ff.

286) OLG Köln, BauR 1978, 412(413); OLG Hamburg, NJW 1948, 625; Palandt-Thomas § 817, 3 a, ff.; Erman-Westermann § 817, 16; Siber, Schuldrecht, S. 432; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht; § 226, 3/4 (S. 906 Anm. 4, 907); Bastian, JR 1950, 17(18); einschränkend, Strobl, Diss., S. 45 ff.

Standpunkt läuft darauf hinaus, ein in seiner Allgemeinheit nicht durchführbares Prinzip - das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit - durch einen weiteren, ebenfalls allgemeinen Satz - den Grundsatz von Treu und Glauben - zu korrigieren. Beide Prinzipien geraten in den Anwendungsfällen des § 817 Satz 2 BGB nicht selten in offenen Widerspruch: Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt, daß keine Partei auf Kosten der anderen Partei eine ungerechtfertigte Bereicherung erhält²⁸⁷⁾. Wortlaut und Zweck des § 817 Satz 2 BGB nehmen es aber gerade in Kauf, daß eine Leistung beim Empfänger verbleibt, obwohl eine gültige Rechtsgrundabrede fehlt. Die Auffassung, wonach die Ergebnisse der wortgetreuen Anwendung des § 817 Satz 2 BGB der Korrektur nach Treu und Glauben unterliegen, beinhaltet deshalb zunächst nichts anderes als die zutreffende Ansicht, daß eine ausschließlich an Wortlaut und Normzweck des § 817 Satz 2 BGB orientierte Interpretation zu unhaltbaren Ergebnissen führen kann, die nach einer Richtigstellung verlangen. Der Rückgriff auf Treu und Glauben liefert aber keine greifbaren Kriterien für diese Berichtigung, läßt die Frage der Vereinbarung des § 817 Satz 2 BGB mit den Aufforderungen von Recht und Gerechtigkeit unbeantwortet und öffnet damit den Weg für wenig kontrollierbare Billigkeitsentscheidungen. Eine Korrektur der Ergebnisse des § 817 Satz 2 BGB über Treu und Glauben ist daher abzulehnen²⁸⁸⁾.

287) Vgl. Enneccerus-Lehmann, aaO.: Danach soll die Berufung auf § 817 Satz 2 BGB überall dort arglistig sein, wo die Versagung der Rückforderung zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des durch die Leistung Bereicherten führen würde, ähnlich auch OLG Köln, aaO.

288) Mit unterschiedlichen Argumenten gegen die Anwendung der Regel von Treu und Glauben gegenüber § 817 Satz 2 BGB: RGZ 78,282 ff.; BGHZ, aaO (Fußnote 267); BGHZ 36,394(400); Staudinger-Seufert § 817, 16/24; v. Caemmerer, SJZ 1950,646/647; Hammes, JR 1950,11; Becker, NJW 1952,53; Prölss, ZHR 132 (1969), 35(44 Anm. 28); Honseil, Rückabwicklung, S. 40 ff.

d) Beschränkung des § 817 Satz 2 BGB auf Fälle der Deliktsanstiftung

Honsell schlägt vor, die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB auf diejenigen Fälle zu reduzieren, in denen ein Vermögenswert hingegeben wird, um den Empfänger zu einem "per se" verbots- oder sittenwidrigen künftigen Verhalten zu veranlassen²⁸⁹⁾. Das erwartete Empfängerverhalten, welches danach Voraussetzung für die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB ist, darf weder in einer Geld- oder Sachleistung bestehen (z.B. Überlassung eines Bordells) noch in einer Handlung, welche als solche sittlich neutral ist und lediglich durch die Verknüpfung mit einer vermögenswerten Zuwendung anstößig wird (z.B. Nichteinreichung eines Angebots bei öffentlicher Ausschreibung, Religionswechsel). Mit einer solchen Restriktion des § 817 Satz 2 BGB lassen sich alle Unbilligkeiten vermeiden, welche mit einer uneingeschränkten Anwendung dieser Vorschrift auf Vorleistungen im Rahmen gegenseitiger Verträge verbunden sind: Überall dort, wo ein Vermögenswert eingesetzt werde, um einen anderen Vermögensgegenstand zu erlangen, sei die Rückforderung bei Ausbleiben der erwarteten Gegenleistung eine vom Rechtsempfinden geforderte Konsequenz des auch die Rückabwicklung nichtiger Verträge beherrschenden Synallagmas, des Grundprinzips des Verkehrsrechts vom "do ut des". Erst dort, wo die Hingabe eines Vermögenswertes eingesetzt wird zur Herbeiführung eines rechts- oder sittenwidrigen Handelns, welches als solches von der Rechtsordnung schlechthin abgelehnt wird und keinen Geldwert hat, sei der Ausschluß der Kondiktion gerechtfertigt: Wer hierfür bezahle, verdiene keinen Schutz²⁹⁰⁾. Als Anwendungsfälle des § 817 Satz 2 BGB verbleiben damit Lei-

289) Honsell, Rückabwicklung, S. 136 ff.

290) Honsell, Rückabwicklung, S. 139.

stungen zur Herbeiführung strafbarer Handlungen (z.B. Mordlohn, Bestechungsgeld), Zahlungen für Handlungen, welche gegen die geschlechtliche Moral verstoßen (z.B. Dirnenlohn) und ähnliche Sachverhalte²⁹¹⁾. Folgerichtig muß Honseil die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB in zwei Fallgruppen vereinen, in welchen die Geltung des Kondiktionsausschlusses von der ganz herrschenden Meinung befürwortet wird: Das Kondiktionsverbot soll nicht eingreifen, wenn nur der Leistende rechts- oder sittenwidrig handelt²⁹²⁾. Darüber hinaus soll § 817 Satz 2 BGB beim beiderseitig erfüllten rechts- oder sittenwidrigen Vertrag überall dort nicht gelten, wo Leistungsgegenstand nicht das Entgelt für eine der vorgenannten "per se" rechts- oder sittenwidrigen Handlungen ohne Geldeswert ist²⁹³⁾. Honseil will mit dieser Interpretation den Anwendungsbe- reich des § 817 Satz 2 BGB auf diejenigen Fälle beschrän- ken, welche Gegenstand der römisch-rechtlichen *condictio ob turpem causam* waren²⁹⁴⁾. Weder Wortlaut noch Zweck des § 817 Satz 2 BGB lassen jedoch Anknüpfungspunkte er- kennen für eine rechtliche Auslegung im Sinne des römisch- rechtlichen Kondiktionensystems. Die weite Fassung der Vor- schrift spricht vielmehr gerade dafür, daß die Grenzen des Anwendungsbereichs auch weiter gezogen werden müssen; § 817 Satz 2 BGB muß deshalb aus dem heutigen Zusammen- hang des BGB heraus interpretiert werden²⁹⁵⁾. Die Nicht-

291) Honseil, Rückabwicklung, S. 141.

292) Honseil, aaO (Fußnote 255).

293) Honseil, aaO (Fußnote 274).

294) Vgl. zur *condictio ob turpem causam* Honseil, S. 80 ff.

295) Ähnlich Larenz, aaO (Fußnote 255); Erman-Westermann § 817, 16.

anwendung des § 817 Satz 2 BGB auf den einseitigen Sittenverstoß des Leistenden müßte zur Folge haben, daß der Empfänger in Fällen - z.B. bei Hingabe eines Wucherdarlehens - ohne Einschränkung herausgabepflichtig ist, wo der Gesetzes- oder Sittenverstoß gerade in einer Übervorteilung des Empfängers liegt und dessen Schutz Beschränkungen der Rückforderung besonders nahelegt. Schließlich erfordert die Nichtanwendung des § 817 Satz 2 BGB auf beiderseitig erfüllte rechts- oder sittenwidrige Verträge den Ausschluß der Kondition durch Rückgriff auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens und damit die Regeln von Treu und Glauben (§ 242 BGB), um ein beiderseitiges dreißigjähriges Reuerecht zu verhindern²⁹⁶⁾. Die gebotene Restriktion des § 817 Satz 2 BGB kann aber nicht so weit gehen, daß Rückgriffe auf Treu und Glauben notwendig werden, um die Folgen dieser Restriktion wieder auszugleichen und Ergebnisse zu erzielen, welche sich nach Wortlaut und Zweck des § 817 Satz 2 BGB von selbst verstehen²⁹⁷⁾.

e) Einschränkung des § 817 Satz 2 BGB durch subjektive Erfordernisse

Die überwiegende Auffassung schränkt den Wirkungsbereich des § 817 Satz 2 BGB dadurch ein, daß sie als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung das Bewußtsein des Leistenden

296) Honsell, aaO (Fußnote 274).

297) Honsell sieht in der Lösung über Treu und Glauben den Vorteil größerer Flexibilität, weil dem Zweck der Verbots- bzw. Sittenwidrigkeitsnorm Rechnung getragen werden könne (Honsell, Rückabwicklung, S. 153/154). Hierzu bedarf es aber, wie noch zu zeigen sein wird, keines Umweges über § 242 BGB.

den von der Verbots- oder Sittenwidrigkeit seiner Leistung verlangt²⁹⁸⁾. Zur Begründung wird - wenn man sich nicht auf den Strafgedanken beruft²⁹⁹⁾ - angeführt, daß die Härte, welche für den Leistenden in dem Ausschluß der Rückforderung liege, nur dann gerechtfertigt sei, wenn der Leistende bewußt gegen Rechts- oder Sittenordnung verstoßen habe³⁰⁰⁾. Honsell hat zutreffend darauf hingewiesen, daß der Standpunkt der überwiegenden Auffassung, wonach § 817 Satz 2 BGB das Bewußtsein der Rechts- oder Sittenwidrigkeit voraussetzt, ein gefügiges Hilfsmittel für die Praxis sein kann, um den Ausschluß der Kondiktion dort zu vermeiden, wo er für unbillig gehalten wird: Soll § 817 Satz 2 BGB angewandt werden, so bietet sich die Annahme an, die jeweils einschlägigen Gesetzes- oder Sittenmaßstäbe als selbstverständlich bekannt voraussetzen. Erscheint dagegen die Zulassung der Rückforderung einer Leistung trotz Gesetzes- oder Sittenverstößes als geboten, so liegt es nahe, das Bewußtsein der Rechts- oder Sittenwidrigkeit in der Person des Leistenden letztlich als nicht bewiesen anzusehen und damit die Kondiktion

298) RGZ 105,270(271/272); 127,276(279); 151,70(73); 161, 52(57) BGH LM Nr. 12 zu § 817 BGB; BGHZ 50,90(92); BGH NJW 1978,322(323); Palandt-Thomas § 817,2 c/3a, ee; Staudinger-Seufert § 817,12; das Bewußtsein der Rechts- oder Sittenwidrigkeit ist im übrigen nach den Motiven ungeschriebene Voraussetzung des § 817 Satz 1 BGB: "Es soll dem Mißverständnis vorgebeugt werden, als ob die Rückforderung auch stattfinde, wenn dem Empfänger die causa turpis nicht erkennbar gewesen oder nicht ins Bewußtsein getreten sei" (Motive II, S. 850).

299) So etwa RGZ 105,270(271/272) - oben Fußnote 298.

300) Vgl. RGZ 151,70(73); BGH LM Nr. 12 zu § 817 BGB; Staudinger-Seubert, aaO - alle oben Fußnote 298.

durchgreifen zu lassen³⁰¹⁾. Das Erfordernis eines bewußten Verstoßes gegen Rechts- oder Sittennormen hat im übrigen zur Folge, daß der Leistende mit dem größeren Rechts- und Moralempfinden, der sich der Einsicht in den Gesetzes- oder Sittenverstoß verschließt, durch Zulassung der Rückforderung trotz objektiven Rechts- oder Sittenverstoßes bevorzugt wird³⁰²⁾. Einige Autoren schwächen die subjektiven Voraussetzungen für die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB dahin ab, daß Kennenmüssen der Verbots- oder Sittenwidrigkeit einer Leistung für den Ausschluß der Rückforderung genügen soll³⁰³⁾ oder die bloße Kenntnis der Tatumstände ausreiche, welche die Verbots- oder Sittenwidrigkeit begründen³⁰⁴⁾. Diese Ansicht bedeutet wiederum, daß die Fälle einer Einschränkung des § 817 Satz 2 BGB aus subjektiven Gründen kaum noch praktisch werden können: Der Leistende muß sich in aller Regel vorhalten lassen, daß er den in seiner Leistung liegenden Gesetzes- oder Sittenverstoß zumindest habe erkennen müssen. Die Varianten der überwiegenden Auffassung lassen sichtbar werden: Die Anerkennung bestimmter subjektiver Merkmale als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzungen des § 817 Satz 2 BGB kann lediglich die Funktion haben, die Zahl möglicher Fehlentscheidungen zu reduzieren, je nach dem Grad der Anforderungen an das Vorstellungsbild des Leistenden.

301) Vgl. Honsell, Rückabwicklung, S. 46/47.

302) Honsell, Rückabwicklung, S. 46; Beuthien, Studienkommentar zum BGB, § 817, 2.

303) Soergel-Mühl § 817, 14/19; Larenz, aaO (Fußnote 255); Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 226, 2 (S. 904/905); Siber, aaO (Fußnote 256); H. Vogel, Diss. S. 46.

304) Beuthien, aaO; ebenso OLG Köln, aaO (Fußnote 260).

Erforderlich ist aber eine Korrektur der Ergebnisse des § 817 Satz 2 BGB in allen Fällen, in denen Verbots- oder Sittenwidrigkeit der Leistung eine Benachteiligung des Leistenden durch den Ausschluß der Rückforderung und die damit verbundene Begünstigung des Empfängers nicht rechtfertigen können. Wo aber der Ausschluß der Rückforderung danach eine Grenze finden muß, gewinnt er auch dadurch nicht an Überzeugungskraft, daß der Leistende den Gesetzes- oder Sittenverstoß kannte oder hätte kennen müssen. Die Einschränkung des § 817 Satz 2 BGB durch ungeschriebene subjektive Tatbestandsmerkmale ist deshalb ein Korrekturversuch am falschen Ansatzpunkt³⁰⁵⁾. Es handelt sich um eine Notlösung, die nur ihre Existenzberechtigung hat, solange sich nicht andere sachliche Kriterien zur Beschränkung des § 817 Satz 2 BGB durchgesetzt haben.

2) Grenzen des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit im Rahmen des § 817 Satz 2 BGB

Der Wortlaut des § 817 Satz 2 BGB erfaßt sämtliche Leistungen, welche gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, und zwar ohne erkennbare Anhaltspunkte für eine Einschränkung in Fällen einseitiger Vorleistungen einer Partei auf ein beiderseitig gesetz- oder sittenwidriges Geschäft oder für eine Differenzierung nach dem Zweck der Verbots- oder Sittennorm. Daselbe gilt für das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit, welches der Vorschrift zugrundeliegt (vgl. oben Seite 86 ff.): Aus dem Satz vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit ergibt sich nichts für eine Begrenzung dieses Prinzips. Eine Einschränkung der Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB kann sich deshalb nur nach Kriterien richten, welche sich aus dem Vor-

305) Ähnlich Honseil, Rückabwicklung, S. 47.

rang der Gerechtigkeit (Art. 20 III GG) und dem Zusammenhang des BGB ergeben. Dabei kann offenbleiben, ob man die einschränkende Anwendung des § 817 Satz 2 BGB noch als restriktive Auslegung oder Restriktion³⁰⁶⁾ oder bereits als einen Fall der richterlichen Rechtsfortbildung³⁰⁷⁾ ansieht.

a) Korrektur durch den Zweck der Rechtswidrigkeits-, Sittenwidrigkeitsnorm

Das in § 817 Satz 2 BGB verkörperte rechtsethische Prinzip vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit kann in Einzelfällen in Kollision geraten mit denjenigen Wertentscheidungen, welche der jeweils verletzten Rechts- oder Sittennorm zugrundeliegen. Sinn und Zweck einzelner Verbotsgesetze können es erfordern, daß die vom Leistenden unter Verletzung dieser Normen vorgenommene Vermögensverschiebung rückgängig gemacht wird, sei es im Interesse Dritter, sei es im Interesse der Allgemeinheit oder zum Schutze des Leistenden selbst. Eine pauschale Anwendung des Prinzips vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit muß deshalb dazu führen, daß von Fall zu Fall der Zweck der Verbots- oder Sittenwidrigkeit vereitelt wird. Ein allgemeines rechtsethisches Prinzip kann aber keinen pauschalen Vorrang beanspruchen vor speziellen Wertentscheidungen, welche gerade für den einschlägigen Fall eine Sonderregelung fordern. Der Vorrang des Schutzzwecks der Verbots- oder Sittennorm vor dem Prinzip vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit läßt sich anhand einer Reihe von beispielhaften Fallkonstellationen demonstrieren³⁰⁸⁾.

306) Vgl. dazu Engisch, Einführung, S. 100 ff.; Enneccerus-Nipperdey § 59 (S. 344 ff.); Larenz, Methodenlehre, S. 377 ff.; Honseil, Rückabwicklung, S. 138, Fußnote 6.

307) So AG Wangen, NJW 1976, 2135 (2137).

308) Für generelle Beschränkung des § 817 Satz 2 BGB durch den Schutzzweck des Verbotsgesetzes, Fabricius, JZ 1963, 85 ff.; ebenso Esser, § 103 IV 1 (S. 359); Koppensteiner-Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 74.

Der Bundesgerichtshof hatte folgenden Fall zu unterscheiden³⁰⁹⁾: Die Stadt Köln hatte der Tochter Görings im Jahre 1938 aus Anlaß von deren Taufe ein Gemälde von Lukas Cranach dem Älteren geschenkt. Hierzu führt der Bundesgerichtshof aus, die Schenkung sei sittenwidrig, wenn beide Vertragsteile erkannt und gebilligt hatten, daß die Schenkung des wertvollen Gemäldes mit dem gemeinderechtlichen Gebot zur Sparsamkeit in der Haushaltsführung schlechthin unvereinbar und die Schenkung deshalb nur unter grober Mißachtung dieser Haushaltsbestimmungen auszuführen sei³¹⁰⁾. Entscheidende Frage war so- dann, ob ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch der Gemeinde im Falle der beiderseitigen Sittenwidrigkeit durch § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen sei. Der Bundesgerichtshof stellte fest, daß zwar grundsätzlich das sittenwidrige Handeln eines Gemeindeorgans auch zu Lasten der betroffenen Gemeinde gehe. Dies gelte aber nicht in einem Staatswesen, in dem das Handeln der Gemeindeorgane jeder demokratischen Kontrolle entzogen sei. Würde die Justiz in einem solchen Falle in Anwendung des § 817 Satz 2 BGB der betroffenen Gemeinde den Rechtsschutz versagen, so würde damit einer im Zeitpunkt des Sittenverstößes schutzlosen Gemeinschaft auch im Nachhinein der Rechtsschutz verweigert und damit zur Perpetuierung von Übergriffen gemeindlicher Organe beigetragen. Dies könne in Anbetracht des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 III GG) nicht Sinn und Zweck des Gesetzes sein³¹¹⁾. Diese Entscheidung betrifft im Kern nichts anderes als einen Wertungswiderspruch zwischen § 138 BGB und § 817

309) BGHZ 36,395 ff.

310) BGHZ 36,395(398/399).

311) BGHZ 36,395(400/401).

Satz 2 BGB³¹²⁾: Der Schutzzweck der Wertentscheidung, welche dem Sittenwidrigkeitsurteil im Rahmen des § 138 BGB zugrundeliegt, ging gerade dahin, die unentgeltliche Weggabe des Gemäldes aus dem Gemeindevermögen und dem darin liegenden krassen Verstoß gegen das Gebot zur sparsamen Haushaltsführung zu verhindern. Die Nichtanwendung des § 817 Satz 2 BGB war Konsequenz aus dem Vorrang des speziellen Schutzzwecks des Nichtigkeitsgrundes vor dem allgemeinen Prinzip vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit.

In einer späteren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof³¹³⁾ den Vorrang der Wertung des § 138 BGB im Konfliktfalle gegenüber § 817 Satz 2 BGB deutlicher ausgesprochen: Die Verpächterin eines Bordells klagte vor Ablauf der vereinbarten Pachtzeit gegen die Pächterin auf Herausgabe. Der Bundesgerichtshof ging von der Nichtigkeit des Pachtvertrages wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB aus. Somit waren die Voraussetzungen für einen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB gegeben. Der Bundesgerichtshof konnte offenlassen, ob § 817 Satz 2 BGB einem dinglichen Herausgabeanspruch entgegenstehen kann³¹⁴⁾, weil die Versagung der Rückforderung dem Zweck des § 138 BGB zuwiderlaufen würde: Könnte der Pächter eines Bordells der Räumungsklage des Verpächters mit dem Einwand aus § 817 Satz 2 BGB begegnen, so würde damit der gemäß § 138 BGB nichtige Pachtvertrag insoweit legalisiert, als der Pächter in seinem Pachtbesitz geschützt würde³¹⁵⁾. Eine

312) Ebenso Honsell, Rückabwicklung, S. 51.

313) BGHZ 41, 341 ff.

314) Nachweise zum Meinungsstreit oben bei Fußnote 248.

315) Dieser Schutz konnte freilich allenfalls für die vereinbarte Pachtzeit infrage kommen, da der Besitz nach der Vereinbarung nicht endgültig, sondern nur vorübergehend auf den Pächter übertragen wurde; Leistungsgegenstand im Sinne des § 817 Satz 2 BGB soll dann nur diese vorübergehende Überlassung sein, vgl. BGHZ 41, 341 (343); Palandt-Thomas § 817, 3 a, cc m.w.N.

solche Legalisierung des Bordellbetriebes sei aus dem Gesetzeszusammenhang heraus nicht zu rechtfertigen. "Im Widerstreit zwischen der rechtspolitisch problematischen und in ihrem Anwendungsbereich umstrittenen Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB und der Generalklausel des § 138 BGB gebührt der letzteren der Vorrang"³¹⁶⁾. Das allgemeine Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit muß im Kollisionsfall dem speziellen Zweck derjenigen Sittennormen weichen, die eine Legalisierung des Bordellpachtverhältnisses verhindern wollen und deshalb zur Nichtigkeit des Pachtvertrages nach § 138 BGB führen. § 817 Satz 2 BGB scheitert am Vorrang des Zwecks der Verbots- bzw. Sittenwidrigkeit. Allerdings gibt die Rückgabe des Bordellgrundstücks an den Verpächter diesem die Möglichkeit zur Fortsetzung des sittenwidrigen Bordellbetriebs. Dies bedeutet aber nicht ebenfalls eine Legalisierung des sittenwidrigen Bordellbetriebs³¹⁷⁾, weil die Fortsetzung durch den Verpächter nicht auf einem quasivertraglichen Schutz durch die Rechtsordnung beruht, wie es bei einer Versagung der Vindikation zugunsten des Bordellpächters der Fall sein müßte: Nachdem die neuere Rechtsprechung nur noch solche Bordellpachtverhältnisse für sittenwidrig ansieht, die auf Ausbeutung oder sonstige Beeinträchtigung der Selbständigkeit der Prostituierten hinauslaufen³¹⁸⁾, wäre eine Perpetuierung solcher Pachtverhältnisse durch den Ausschluß der Rückforderung unannehmbar.

Im GmbH-Recht gilt als Schutzvorschrift für Gläubiger der Gesellschaft das Verbot jeder Rückzahlung der Stammeinlagen (§ 30 GmbHG). Dieses Verbot wird durch einen Erstattungsanspruch ergänzt für den Fall, daß Leistungen dem Verbot zuwider erfolgt sind (§ 31 GmbHG). Eine Gel-

316) BGHZ 41,341 (343/344).

317) So aber Prölss ZHR 132(1969), 35(51/52).

318) Nachweise oben Fußnote 271.

tung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit, mithin ein Ausschluß dieses Erstattungsanspruchs über § 817 Satz 2 BGB, wäre mit dem Schutzzweck der Verbotsvorschrift unvereinbar. Dies muß aber unabhängig davon gelten, ob das Erstattungsverlangen der Gesellschaft auf § 31 GmbHG oder, z.B. nach Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist (§ 31 III GmbHG), wegen Verbotswidrigkeit des zugrundeliegenden Geschäfts (§ 134 BGB) auf Bereicherungsrecht gestützt wird^{318a)}. Der Schutzzweck des Verbots, den Gläubigern der Gesellschaft die Stammeinlagen als Haftungsgrundlage zu erhalten, fordert die Zulassung der Rückforderung und hindert deshalb eine Perpetuierung der verbotswidrigen Leistung über § 817 Satz 2 BGB³¹⁹⁾.

Der Vorrang des Zwecks der Rechts- oder Sittenwidrigkeitsnorm gegenüber dem allgemeinen Prinzip vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit führt auch zur Lösung des viel diskutierten³²⁰⁾ Problems der Anwendbarkeit des § 817 Satz 2 BGB auf den Vindikationsanspruch aus § 985 BGB: Die Befürworter einer Ausweitung des Gedankens der Rechtsschutzverweigerung auf Ansprüche aus § 985 BGB stützen sich auf die Argumentation, es sei ungerechtfertigt, bei bloßer Nichtigkeit des Kausalgeschäfts wegen Gesetzes- oder Sittenverstößes eine Kondiktion unter Berufung auf § 817 Satz 2 BGB zu versagen, demgegenüber aber in den besonders schweren Fällen von Gesetzes- oder Sittenverstößen, in denen die Nichtigkeit auch das Erfüllungsgeschäft erfaßt, dem Leistenden

318a) Bereicherungsansprüche sind wegen der mildereren Haftung (§§ 818 ff. BGB) neben § 31 GmbHG anwendbar, vgl. RGZ 92,77(82); 168,292(302); Hachenburg-Goerdeler/Müller, GmbHG, § 31,37; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 31,1; Fabricius, JZ 1963,85(88); a.A. Scholz, GmbHG, § 31,17.

319) Ebenso Fabricius, aaO.

320) Nachweise oben Fußnote 248.

Vindikationsansprüche zuzugestehen. Die Nichtigkeit nicht nur des Grund-, sondern auch des Erfüllungsgeschäfts tritt aber gerade in denjenigen Fällen ein, in denen der Zweck der verletzten Rechts- oder Sittennorm es verlangt, nicht nur das Kausalgeschäft als ungültig zu betrachten, sondern auch dem dinglichen Erfüllungsgeschäft die Wirksamkeit zu versagen. Hier wäre es allerdings ungereimt und mit dem Zweck der verletzten Rechts- oder Sittennorm nicht zu vereinbaren, wenn die Rechtsordnung zuerst aufgrund eines bestimmten Verhaltens die Wirksamkeit des dinglichen Rechtsübergangs verhindert und anschließend dasselbe Verhalten zum Anlaß nehmen wollte, den Rechtsschutz für die Realisierung des dinglichen Rechts zu verweigern. § 817 Satz 2 BGB ist deshalb auf dingliche Ansprüche nicht anwendbar³²¹⁾; der Vorrang des Zwecks der verletzten Verbots- oder Sittennorm hindert eine analoge Anwendung des § 817 Satz 2 BGB auf dingliche Ansprüche.

Am Beispiel des § 817 Satz 2 BGB läßt sich festhalten: Das allgemeine Prinzip vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit unterliegt der Korrektur durch spezielle Wertentscheidungen, welche dem Rechts- oder Sittenwidrigkeitsvorteil zugrundeliegen. Im Kollisionsfall gebührt dem Zweck der verletzten Rechts- oder Sittennorm der Vorrang.

b) Beschränkung auf die Prämie der Rechts- oder Sittenwidrigkeit

Das Problem einer weiteren Beschränkung des in § 817 Satz 2 BGB verkörperten Verbots der Berufung auf eigene Rechts-

321) So im Ergebnis insbesondere die Rechtsprechung, Nachweise oben bei Fußnote 248.

oder Sittenwidrigkeit tritt nicht auf in Fällen, in denen die Parteien eines rechts- oder sittenwidrigen Geschäfts ihre wechselseitigen Leistungen erbracht haben. Jeder der Beteiligten hat dann den wirtschaftlichen Zweck seiner Hingabe erreicht, so daß von seinem eigenen Standpunkt aus regelmäßig ein Schutzgrund für die Rückforderung fehlt. Wenn nicht der Schutzzweck der verletzten Verbots- oder Sittennorm eine Ausnahme verlangt, besteht deshalb in den Fällen der beiderseitigen Erfüllung eines rechts- oder sittenwidrigen Geschäfts kein Anlaß für eine Beschränkung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit und damit für eine Nichtanwendung des § 817 Satz 2 BGB³²²⁾. Kollisionen zwischen dem Prinzip vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit und dem Gebot der Gerechtigkeit treten dagegen in zwei Fallgruppen auf: Einmal handelt es sich um diejenigen Fälle, in welchen eine rechts- oder sittenwidrige Leistung nach den getroffenen Absprachen nur vorübergehend in das Vermögen des Empfängers gelangen soll. Dazu gehören z.B. das Wucherdarlehen³²³⁾, ein Beteiligungsdarlehen an einen Bordellinhaber³²⁴⁾, die Kautionsaufgrund eines sittenwidrigen Bordellpachtvertrages³²⁵⁾ oder die Hingabe von Geld zum Zweck des unerlaubten Umtausches in Devisen für den Auftraggeber³²⁶⁾. Die zweite Konflikt-

322) Es gibt daher keinen Grund, § 817 Satz 2 BGB entgegen seinem Wortlaut und Zweck auf beiderseitig erfüllte rechts- oder sittenwidrige Geschäfte generell nicht anzuwenden und die Kondiktion in diesen Fällen erst über Treu und Glauben auszuschließen (so aber Honsell, aaO, Fußnote 297). Die erforderliche Berücksichtigung des Zwecks der Verbots- oder Sittennorm kann unmittelbar durch Nichtanwendung des § 817 Satz 2 BGB in denjenigen Fällen erfolgen, in denen der Zweck der verletzten Verbots- oder Sittennorm dies verlangt.

323) Nachweise zur Rechtsprechung oben Fußnote 250/251.

324) Vgl. dazu OLG München, aaO (Fußnote 279).

325) Vgl. BGH WM 1969, 1083.

326) Vgl. BGHZ 28, 255.

gruppe bilden die Fälle der Vorleistung einer Partei auf ein beiderseitig rechts- oder sittenwidriges Geschäft: Derjenige, welcher - zufällig - als erster seine rechts- oder sittenwidrige Leistung erbringt, kann bei wort- und zweckgetreuer Anwendung des § 817 Satz 2 BGB bei Ausbleiben der Gegenleistung seine Vorleistung nicht zurückfordern, und der Verlust des Leistenden wird in der Person des Empfängers zum unverdienten Gewinn.

Als Ausgangsfall für die weitere Beschränkung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit soll das Beispiel des sittenwidrigen Bordellkaufs dienen: Zahlt der Käufer den Kaufpreis, ohne zuvor das Eigentum erworben zu haben, so scheitert der Anspruch auf Übertragung des Eigentums an § 138 I BGB, und dem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises stehen Wortlaut und Zweck des § 817 Satz 2 BGB entgegen. Der Kaufpreis ist damit für den Käufer verloren, und der Verkäufer behält den empfangenen Betrag ohne Gegenleistung. Zum gleichen Ergebnis führt umgekehrt die Vorleistung des Verkäufers: Bleibt die erwartete Zahlung nach Übergang des Grundstücks aus, so scheitert die Kaufpreisklage an der Sittenwidrigkeit des Kaufvertrages, und § 817 Satz 2 BGB hindert bei wort- und zweckgetreuer Anwendung die Durchsetzung des Bereicherungsanspruchs auf Rücküberweisung des Grundstücks³²⁷⁾.

Die Fragwürdigkeit dieser Ergebnisse wird demonstriert durch die neuere Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften im Zusammenhang mit der Prostitution:

327) Zu den Varianten bei wechselseitigen Teilleistungen, z.B. Restkaufgeldhypothek oder Sicherungsgrundschuld für den Restkaufpreis, vgl. Honsell, Rückabwicklung, S. 7 ff.

Die Sittenwidrigkeit eines Bordellkaufvertrages läßt sich nicht mehr allein damit begründen, daß der Gegenstand des Geschäfts ins Einvernehmen der Beteiligten der Ermöglichung bzw. Fortsetzung der Prostitution dient³²⁸⁾. Ebenso wie bei Mietverträgen mit Prostituierten oder Pachtverträgen über Bordellgrundstücke³²⁹⁾ wird man auf dem Boden dieser Rechtsprechung Sittenwidrigkeit nur dann bejahen können, wenn der Vertrag nach den gesamten Umständen - regelmäßig im Zusammenhang mit einem übersteigerten Entgelt - auf Ausbeutung der Prostituierten oder Beeinträchtigung von deren Selbständigkeit abzielt. Sind solche Umstände nicht gegeben, so ist der Kaufvertrag über ein Bordell mithin wirksam. Sind also bei einem Bordellkaufvertrag keine Umstände festzustellen, welche den Schluß zulassen, daß auf die betroffenen Prostituierten sittenwidrig Druck ausgeübt werden soll, so gilt für diesen - wirksamen - Kaufvertrag das Prinzip des "do ut des" mit allen Konsequenzen: Die Rechtsordnung hat gegen den angestrebten Leistungsaustausch - Übereignung des Bordellgrundstücks gegen Entgelt - nichts einzuwenden, was eine Rechtsschutzversagung rechtfertigen könnte, und insbesondere Vorleistungen einer Partei auf einen solchen Vertrag genießen vollen rechtlichen Schutz.

328) So die frühere Rechtsprechung, vgl. z.B. RGZ 63,346 (350/351); 68,97 ff.; 71,432 ff.; BGHZ 41,341(342); im Ergebnis ähnlich OLG Hamm, NJW 1975,653(654), das einen Bordellpachtvertrag schon dann für sittenwidrig hält, wenn der Pachtzins höher ist, als er bei "normaler wirtschaftlicher Betätigung" zu erreichen wäre: Käme es allein auf die Überschreitung gutbürgerlicher Preismaßstäbe an, so wäre immer noch praktisch jedes Geschäft im Zusammenhang mit der Prostitution schon aus diesem Grund sittenwidrig.

329) Vgl. dazu BGH, aaO; Palandt-Heinrichs, aaO (beide Fußnote 271).

Völlig andere Konsequenzen drohen, wenn Umstände hinzutreten, die zur Sittenwidrigkeit des Vertrages führen. Selbstverständliche Folge dieser Sittenwidrigkeit ist die Versagung des Rechtsschutzes für die Erfüllung des Vertrages (§ 138 I BGB): Die Rechtsordnung kann den Vertrag nicht seines Inhaltes wegen für nichtig erklären und gleichzeitig Rechtsschutz für die Realisierung eben dieses Vertragsinhaltes zur Verfügung stellen. Eine andere Frage ist dagegen, ob die Rechtsordnung zulassen darf, daß der Käufer, der ohne Hinzutreten weiterer Umstände den Kaufpreis für ein Bordellgrundstück zahlt, bei Ausbleiben der Übereignung des Grundstücks diese klageweise erzwingen, vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz verlangen kann (§§ 433, 440, 323 ff. BGB), während der Käufer im anderen Fall, wenn die Umstände auf eine Ausbeutung der Prostituierten hindeuten, des gezahlten Kaufpreises in voller Höhe verlustig sein soll, und dies mit der Folge eines Höchstgewinns für den Verkäufer. Ein solches Ergebnis stünde im Widerspruch zum Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) und zum rechtsstaatlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit (Art. 20 III GG): Auch bei unterschiedlicher Sachverhaltsgestaltung sind solche Differenzierungen nicht statthaft, welche mangels hinreichender sachlicher Gründe als Willkür angesehen werden müßten und eine Benachteiligung einer Partei zum Vorteil der anderen enthalten, welche in keinem Verhältnis mehr zum Grund der Unterscheidung steht. Eine verfassungskonforme Interpretation des in § 817 Satz 2 BGB verkörperten Prinzips vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit muß deshalb zu Ergebnissen führen, welche mit dem Willkürverbot und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Einklang stehen.

Als eine solche Beschränkung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit bietet sich an die Reduktion auf den Kernbereich des Verbots: Kommt es auf-

grund eines rechts- oder sittenwidrigen Geschäfts zu Ausführungshandlungen einer Partei, so kann das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit bei Abwägung mit dem Willkürverbot und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht weitergehen, als der Grund für die Mißbilligung des Geschäfts durch die Rechtsordnung reicht. Wird der vereinbarte Leistungsaustausch als solcher von der Rechtsordnung nicht mißbilligt und verstoßen nur einzelne Modalitäten der Gesamtregelung gegen Verbots- oder Sittennormen, so ist der Vertrag nicht ohne weiteres nichtig: Der Vertrag bleibt in seinem Kernbereich gültig, soweit diese Aufrechterhaltung vom Parteiwillen gedeckt (§§ 139, 140 BGB) oder durch den Schutzzweck der Verbots- oder Sittennorm gerechtfertigt ist³³⁰⁾. Erst wenn eine Aufrechterhaltung des Vertrages ohne die mißbilligten Modalitäten den Parteien eine Regelung aufdrängen würde, die weder von ihrem Willen noch vom Schutzzweck der verletzten Norm gedeckt wird, ist Folge die Nichtigkeit des gesamten Vertrages. Der Zweck der Rechts- oder Sittenwidrigkeitsnorm trifft in diesen Fällen nur einzelne Modalitäten des vereinbarten Leistungsaustauschs. Die Nichtigkeit des ganzen Vertrages ist dann keine unmittelbare Wirkung des Zwecks der verletzten Norm, sondern erst Konsequenz der Privatautonomie, die einer Aufrechterhaltung des Vertrages zu anderen als den vereinbarten Bedingungen entgegensteht. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, wonach einzelne Verstöße eines Rechtsgeschäfts gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten nicht dazu führen dürfen, daß den Parteien unter Wegfall der mißbilligten Bestimmungen eine andere Gesamtregelung wider ihren Willen aufgezwungen wird, spielt aber keine Rolle, wenn es um die Rückabwicklung einzelner Teilleistungen geht, die aufgrund

330) Vgl. BGH NJW 1977,1058(1059) für den Schutzzweck des AbzG; LG Köln, NJW 1965,157(159) für Mietwucher; Palandt-Heinrichs § 139,2 c m.w.N.

des nichtigen Vertrages erbracht worden sind: Die Privatautonomie liefert gerade keine Rechtfertigung für die Bereicherung einer Partei zum Schaden der anderen, wenn es zum teilweisen Vollzug eines nichtigen Vertrages gekommen ist. In denjenigen Fällen, in denen der Zweck der verletzten Rechts- oder Sittennorm sich nur gegen bestimmte Modalitäten eines rechts- oder sittenwidrigen Geschäfts richtet, in denen aber der Leistungsaustausch als solcher von der Rechtsordnung nicht mißbilligt wird, kann deshalb auch das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit im Kern nur die Rückforderung solcher Leistungen treffen, welche gerade die rechts- oder sittenwidrigen Modalitäten des Geschäfts belohnen, mithin die Prämie der Rechts- oder Sittenwidrigkeit³³¹⁾. Beschränkt man § 817 Satz 2 BGB auf die für die Rechts- oder Sittenwidrigkeit gezahlte Prämie, so ist damit für die Anwendung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit dasjenige innere Maß gefunden, welches das Willkürverbot und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fordern: Das Ausmaß des Nachteils, der den Leistenden mit dem Verlust der gezahlten Prämie trifft, steht nicht mehr außer Verhältnis zur Schwere des Vorwurfs der Rechts- oder Sittenwidrigkeit und zu dem Sondervorteil, den der Leistende daraus für sich erwartet. Zur Berechnung der Prämie der Rechts- oder Sittenwidrigkeit stehen zwei Wege zur Verfügung: Enthält die zwischen den Parteien getroffene Absprache ausreichende Anhaltspunkte, so bestimmt sich die Prämie der Rechts- oder Sittenwidrigkeit als derjenige Betrag, den die Beteiligten nach eigener Einschätzung als Mehrleistung mit Rücksicht auf die Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Geschäfts verein-

331) Im Ergebnis für Beschränkung auf die "Prämie der Unerlaubtheit" auch Wilburg, der diesen Gedanken für das Kondiktionsverbot des österreichischen Rechts (§ 1174 ABGB) vertritt, vgl. Wilburg bei Klang, § 1174, S. 479.

bart haben³³²⁾. Sind konkrete Anhaltspunkte für eine eigene Einschätzung der Parteien nicht vorhanden, so ist der objektive Marktwert der Gegenleistung zu ermitteln, für welche der Leistende das eigene Vermögensopfer erbracht hat. Eine ähnliche Feststellung des objektiven Marktwertes durch die Gerichte kennt das Gesetz in zahlreichen Fällen (vgl. §§ 315 III, 319 I 2, 612 II, 632 II, 818 II BGB). Die Prämie der Rechts- oder Sittenwidrigkeit ergibt sich dann als derjenige Betrag, welchen der Leistende über den objektiven Marktwert³³³⁾ hinaus hingegeben hat, um die versprochene Gegenleistung zu erhalten.

Eine Beschränkung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit auf die Prämie der Rechts- oder Sittenwidrigkeit ist freilich dort nicht geboten, wo die Beteiligten ihre wechselseitigen Leistungen voll erbracht haben, also jede Partei den mit ihrer eigenen Leistung verfolgten wirtschaftlichen Zweck erreicht hat. In diesen Fällen verbleibt es bei der Geltung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit hinsichtlich der vollen Leistungen, sofern nicht

332) Vgl. Wilburg, aaO.

333) Als objektiver Marktwert z.B. eines Bordellgrundstücks können allerdings nicht die Preise gutbürgerlicher Wohn- oder Geschäftshäuser gelten, sondern es müssen als Maßstäbe vergleichbare Objekte herangezogen werden. Die damit verbundenen Bewertungsfragen ergeben sich bereits als Konsequenz der Rechtsprechung, welche die Gültigkeit von Rechtsgeschäften im Zusammenhang mit der Prostitution anerkennt, solange nicht Ausbeutung oder sonstige Beeinträchtigung der Prostituierten, welche sich typischerweise in einem übersteigerten Entgelt niederschlagen, zur Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB führen (Nachweise oben Fußnote 271).

Ausnahmen aufgrund des Zwecks der verletzten Verbots- oder Sittennorm erforderlich sind (vgl. oben Seite 104 ff.). Die Rückforderung der Vorleistung einer Partei muß aber auch dann ausgeschlossen sein, wenn nur noch derjenige Teil der Gegenleistung der anderen Partei aussteht, welcher die Prämie der Rechts- oder Sittenwidrigkeit darstellt: Das bloße Ausbleiben der versprochenen Prämie der Rechts- oder Sittenwidrigkeit ist auch unter Abwägung mit dem Willkürverbot und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip kein Grund für die Einschränkung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit.

Für den Ausgangsfall des sittenwidrigen Bordellkaufs bedeutet dies: Der Bordellkäufer, der einen Überpreis bezahlt hat, welcher zur Abgeltung eines aufgrund sittenwidriger Ausbeutung der Prostituierten übersteigerten Ertragswertes diene, kann bei Ausbleiben der Gegenleistung den Kaufpreis bis auf denjenigen Teilbetrag zurückverlangen, welcher mit Rücksicht auf die sittenwidrige Ausbeutung der Prostituierten vereinbart worden ist. Das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit hindert nur die Rückforderung der Prämie. Im umgekehrten Fall der Vorleistung des Verkäufers ist die Rückforderung des Eigentums zulässig, solange der Verkäufer nicht den vereinbarten Kaufpreis, vermindert um die Prämie der Rechts- oder Sittenwidrigkeit, erhalten hat. Erst eine Rückforderung des Eigentums, welche sich darauf stützt, daß der Verkäufer nicht auch die Prämie zur Abgeltung des sittenwidrig übersteigerten Ertragswerts empfangen hat, scheitert am Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit.

Der am Beispiel des sittenwidrigen Bordellkaufs entwickelte Gedanke der Beschränkung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit auf die Prämie der

Rechts- oder Sittenwidrigkeit liefert sachgerechte Ergebnisse auch in anderen Fällen von Teilleistungen der Beteiligten auf rechts- oder sittenwidrige Geschäfte:

Beim Kaufvertrag, der wegen Wuchers^{er} (§ 138 II BGB) nichtig ist, würde die uneingeschränkte Anwendung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit in den Fällen der Vorleistung des Wuchers zur Folge haben, daß der Bewucherte die Kaufsache umsonst erhält: Erfüllungsansprüche des Wuchers scheitern an der Sittenwidrigkeit des Kaufvertrages (§ 138 II BGB), und einen Bereicherungsanspruch auf Rückübereignung der Kaufsache hinderte § 817 Satz 2 BGB. Weder der Schutz des Bewucherten noch sonstige Gründe können ein solches Ergebnis rechtfertigen. Der Bewucherte könnte sogar einen bereits gezahlten Kaufpreis in voller Höhe zurückverlangen und die Kaufsache behalten, wenn man nämlich die Saldotheorie, die gewöhnlich zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge Zug um Zug führt, in den Fällen der verschärften Haftung einer Partei für unanwendbar hält³³⁴⁾: Ein Gegenanspruch des Wucherers als Grundlage für ein Zurückbehaltungsrecht scheitert an § 817 Satz 2 BGB, und die Saldotheorie würde dem Wucherer nicht helfen, weil er auf Rückzahlung des Kaufpreises verschärft haftet (§§ 812 I 1 Fall 1, 818 II, 819 II BGB). Die Beschränkung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit führt zum sachgerechten Ergebnis: Der Wucherer kann seine Vorleistung bei Ausbleiben der Gegenleistung kondizieren, und der Bewucherte kann die Rückforderung abwenden, indem er den vereinbarten Preis unter Abzug des wucherischen Aufschlags zahlt, d.h. mangels anderweitiger Anhaltspunkte den objektiven Wert der Kaufsache.

334) Vgl. dazu BGHZ 57,137(139); Palandt-Thomas § 818, 6 D c.

Was für den wucherischen Kauf gilt, trifft in gleicher Weise zu für den Mandatsvertrag mit einem Rechtsanwalt, der aufgrund sittenwidriger Vereinbarung eines Erfolgshonorars nichtig ist³³⁵⁾, für Elektrizitäts-, Gas- und Wasserlieferungsverträge, die aufgrund sittenwidriger Ausnutzung einer Monopolstellung³³⁶⁾ oder wegen kartellrechtswidriger Alleinbezugsverpflichtungen³³⁷⁾ nichtig sind, für Schwarzarbeitsverträge³³⁸⁾ und ebenso für den Fall des wucherischen Darlehens³³⁹⁾: Die schrankenlose Geltung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit würde die Möglichkeit eröffnen, daß ein Beteiligter zum Schaden der anderen Partei eine Leistung umsonst erhält, die er anderweitig nur gegen angemessenes Entgelt hätte erwerben können. Die Rechts- oder Sittenwidrigkeit bestimmter Modalitäten des zugrundeliegenden Vertrages kann für dieses Ergebnis rechtfertigende Gründe nicht liefern. Die Beschränkung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit auf die geleistete Prämie führt dagegen durchweg zu Ergebnissen, die einerseits für § 817 Satz 2 BGB den notwendigen Anwendungsbereich lassen und andererseits unerträgliche Widersprüche zum Gebot der Gerechtigkeit vermeiden:

335) Vgl. BGH, aaO; Soergel-Hefermehl, aaO (beide Fußnote 45).

336) Vgl. BGH, aaO; Palandt-Heinrichs, aaO (beide Fußnote 41).

337) Vgl. AG Wangen, aaO (Fußnote 307); zur Frage der Gesamt- oder Teilnichtigkeit von Verträgen bei Verletzung kartellrechtlicher Verbote eingehend Helm GRUR 1976, 496 ff.

338) Vgl. OLG Köln, aaO (Fußnote 286).

339) Für Zinslosigkeit des Wuchererdarlehens wegen § 817 Satz 2 BGB die herrschende Meinung: BGH NJW 1962, 1148; WM 1975, 128(129); LG Frankfurt, NJW 1978, 1925 (1927); Palandt-Thomas § 817, 3 c, bb; Soergel-Mühl § 817, 21; Fikentscher, aaO (Fußnote 225); dagegen Flume AT § 18, 10 (S. 394); Medicus, Bürgerliches Recht, RdNr. 700; ders., Gedächtnisschrift für Dietz, 61 ff.; Larenz, Schuldrecht II § 69 III (S. 499 Anm.1).

Wer aufgrund eines verbots- oder sittenwidrigen Vertrages einen Vermögenswert hingegeben hat, um seinerseits eine Leistung zu erhalten, deren Erwerb gegen Entgelt generell von der Rechtsordnung nicht mißbilligt wird, kann seine Leistung nach Bereicherungsrecht zurückfordern, wenn die Gegenleistung ausbleibt; von der Rückforderung ausgeschlossen sind nur Sondervorteile, die gerade zur Abgeltung der Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Vertrages hingegeben werden. Der Rechtsanwalt kann also nach Bereicherungsrecht die gesetzlichen Gebühren anstelle des sittenwidrig vereinbarten Erfolgshonorars verlangen, wenn er seine Tätigkeit ausführt, dem Versorgungsunternehmen steht bei Lieferung aufgrund verbots- oder sittenwidrigen Vertrages der objektive Wert seiner Leistung nach Bereicherungsgrundsätzen zu³⁴⁰⁾, der Schwarzarbeiter kann Ersatz für den objektiven Wert geleisteter Arbeit nach Bereicherungsrecht verlangen³⁴¹⁾ ebenso wie der Architekt, der unter Verstoß gegen das Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz (vgl. Art. 1 § 1 RBMG) für Auftraggeber Vertragsentwürfe gefertigt hat³⁴²⁾. Beim Wucherdarlehen geht die heute allgemeine Ansicht davon aus, daß der Rechts- bzw. Sittenverstoß des Wucherers die Rückforderung des hingegebenen Kapitals nicht hindert; der Wucherer sei aber gehalten, dem Bewucherten das Kapital bis zum Ablauf der vereinbarten Darlehensdauer zu belassen³⁴³⁾. Zur Begründung dient die begriffliche Argu-

340) So richtig AG Wangen, aaO (Fußnote 307): "Ein Bereicherungsanspruch ist gem. § 817 Satz 2 BGB nur soweit ausgeschlossen, wie die Nichtigkeit des zugrunde liegenden Geschäftes reicht".

341) Im Ergebnis richtig, wenn auch unter Rückgriff auf Treu und Glauben, LG Köln, aaO (Fußnote 286).

342) BGH NJW 1978, 322(323) - oben Fußnote 298 - allerdings mit der Begründung, § 817 Satz 2 BGB sei wegen Fehlens des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit nicht anwendbar; zur Korrektur des § 817 Satz 2 BGB durch subjektive Erfordernisse oben Seite 100 ff.

243) Grundlegend RG, aaO (Fußnote 251); vgl. im übrigen statt aller BGH, aaO; Palandt-Thomas, aaO (beide Fußnote 315).

mentation, Leistungsgegenstand sei nur die vorübergehende Kapitalüberlassung, und zwar die Nutzung des Kapitals über die vereinbarte Zeitdauer. Dieser Kunstgriff zur Beschränkung des § 817 Satz 2 BGB steht im Widerspruch zu dem im Bereicherungsrecht allgemein gültigen Leistungsbegriff, wonach Leistung jede bewußte, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens ist³⁴⁴⁾. Zutreffend ist, daß die Rückforderung des hingegebenen Kapitals durch den Wucherer grundsätzlich nicht an § 817 Satz 2 BGB scheitern kann. Der Kondiktion des hingegebenen Kapitals kann § 817 Satz 2 BGB letztlich nicht entgegenstehen, weil nicht das Kapital die Prämie für die Rechts- bzw. Sittenwidrigkeit des Vertrages darstellt, sondern nur der wucherische Aufschlag auf den Zins. Weder das Willkürverbot noch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangen aber eine Nichtanwendung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit dahingehend, daß dem Wucherer gestattet wird, das hingegebene Kapital bereits vor Ablauf der vereinbarten Darlehensdauer zurückzuverlangen. Das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit hindert mithin die Rückforderung des Wucherkapitals über die vereinbarte Laufzeit des Darlehens; es hindert aber weder die anschließende Rückforderung des Kapitals noch den Anspruch auf angemessene Verzinsung nach Bereicherungsrecht³⁴⁵⁾. Eine Modifikation des Leistungsbegriffs ist auch in anderen Fällen entbehrlich, in denen aufgrund verbots- oder sittenwidriger Verträge ein Vermögenswert nur vorübergehend in das Vermögen des Empfängers gegeben wurde. Weder in der Hingabe von Kapital als Kautions im Zusammenhang mit einem sittenwid-

344) Vgl. statt aller BGHZ 58,184(188); Medicus, Bürgerliches Recht, RdNr. 666; für Einschränkung von Folgerungen aus dem Leistungsbegriff Canaris, Festschrift für Larenz, S. 799 ff.

345) Im Ergebnis ebenso die vordringende Literaturmeinung, Nachweise bei Fußnote 338.

rigen Bordellpachtvertrag³⁴⁶⁾ noch als Beteiligungsdarlehen an einen Bordellinhaber³⁴⁷⁾ oder als Mittel zum verbotenen Umtausch in Devisen für den Auftraggeber³⁴⁸⁾ liegt die Leistung eines Sondervorteils, der dem Empfänger zur Abgeltung der Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Geschäfts gewährt wird; einer bereicherungsrechtlichen Rückforderung von Leistungen dieser Art steht deshalb das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit nicht entgegen.

Die Beschränkung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit auf die Prämie der Rechts- oder Sittenwidrigkeit findet eine Bestätigung in der neueren Rechtsprechung: Der Bundesgerichtshof hat für den Fall einer sittenwidrigen Bordellpacht anerkannt, daß dem Eigentümer gegen den Pächter Ansprüche auf Zahlung des objektiven Pachtwerts nach den §§ 987, 990 BGB zustehen und lediglich Ansprüche auf einen darüber hinausgehenden sittenwidrigen Ertrag abgelehnt³⁴⁹⁾. Ansprüche auf Ersatz des objektiven Nutzungswertes müssen danach in allen Fällen verbots- oder sittenwidriger Miet- oder Pachtverhältnisse zugelassen werden, und darüber hinaus grundsätzlich dann, wenn der Eigentümer einem anderen den Besitz aufgrund eines verbots- oder sittenwidrigen Vertrages überläßt, also z.B. in den Fällen eines sittenwidrigen Automatenaufstellvertrages³⁵⁰⁾. Die Rechtsprechung

346) Vgl. BGH, aaO (Fußnote 325).

347) Vgl. OLG München, aaO (Fußnote 279).

348) Vgl. BGH, aaO (Fußnote 326).

349) BGHZ 63, 365 (367 ff.); ebenso Larenz, Schuldrecht II, § 69 III (S. 499 Anm. 2) - für Zulassung von Ansprüchen auf Verwendungsersatz aus den §§ 994 ff. BGB im Rahmen eines sittenwidrigen Bordellpachtverhältnisses bereits BGHZ 41, 341 (349/350).

350) Vgl. OLG Düsseldorf, aaO; Palandt-Heinrichs, aaO (beide Fußnote 42).

stützt dieses Ergebnis allerdings auf das formale Argument, daß § 817 Satz 2 BGB als bereicherungsrechtliche Sondernorm nicht auf andere Rechtsgebiete ausgedehnt werden solle³⁵¹⁾. Mit diesem Argument sind aber die Wertungswidersprüche nicht ausgeräumt, die sich bei uneingeschränkter Anwendung des § 817 Satz 2 BGB zwischen den Fällen der rechts- oder sittenwidrigen Gebrauchsüberlassung und den übrigen Fällen rechts- oder sittenwidriger Leistungen ergeben würden. Eine Beseitigung der Widersprüche ergibt sich bei Offenlegung der Wertung, welche die Entscheidung trägt: Im Rahmen verbots- oder sittenwidriger Verträge ist die Rückforderung solcher Leistungen nicht ausgeschlossen, die nicht als Sondervorteile für die Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Geschäfts gewährt worden sind. § 817 Satz 2 BGB ist auf derartige Leistungen nicht anwendbar, wenn die Ergebnisse mit den Anforderungen der Gerechtigkeit nicht in Einklang stehen, gleichgültig, ob Ausgleichsansprüche aus den §§ 987 ff. BGB oder nach Bereicherungsrecht in Betracht kommen.

Das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit führt dagegen überall dort zum vollen Ausschluß von Rückforderungsansprüchen, wo der vereinbarte Leistungsaustausch als solcher von der Rechtsordnung mißbilligt wird und die Leistung einer Partei in voller Höhe eine Prämie für die Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Geschäfts darstellt: Darunter fallen z.B. der Mordlohn, das Bestechungsgeld oder der Dirnenlohn³⁵²⁾, eben-

351) BGH, aaO.

352) Für den Dirnenlohn gilt das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit, solange man mit der noch fast allgemeinen Ansicht von der Sittenwidrigkeit der Vereinbarung ausgeht - vgl. statt aller: BGHZ 67,119(122-125). Zu einem anderen Ergebnis muß gelangen, wer die Abrede zwischen Dirne und Freier als eine soziale Erscheinungsform am Rande der Gesellschaft ansieht, die im Regelfall nicht sittenwidrig und in der Nähe der sog. Naturalobligationen einzuordnen ist - dafür mit eingehender Begründung: Rother, AcP 172(1972), 498(502 ff, 507/508).

so aber auch das Honorar des Sportlers für die Nichtteilnahme an einem Wettkampf³⁵³⁾ oder eine Zahlung für die Nichtabgabe bzw. Scheinabgabe eines Angebots gegenüber der Vergabestelle bei öffentlicher Ausschreibung eines Auftrags³⁵⁴⁾. Die Gegenleistung, für deren Herbeiführung oder Belohnung der Leistende einen Vermögenswert eingesetzt hat, hat in diesen Fällen keinen Geldeswert. Der Leistende verdient keinen Schutz, weil er seine Leistung zur Herbeiführung oder Belohnung eines schlechthin verbots- oder sittenwidrigen Verhaltens eingesetzt hat - Mordlohn, Bestechungsgeld - oder die Mißbilligung der Rechtsordnung richtet sich gerade deshalb gegen die Vereinbarung der Parteien, weil sie ein bestimmtes Verhalten unter Verstoß gegen Rechts- oder Sittenordnung zum Gegenstand eines entgeltlichen Leistungsaustausches erklärt haben. Einen zwingenden Grund für die Nichtanwendung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit gibt es hier nicht; die Nichtanwendung des Verbots auf Leistungen, die als Prämie für die Rechts- oder Sittenwidrigkeit eines Geschäfts hingegeben werden, würde vielmehr § 817 Satz 2 BGB in seinem Kernbereich leerlaufen lassen und ist deshalb mit dem geltenden Recht unvereinbar.

Für das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit gelten somit, wie am Modell des § 817 Satz 2 BGB entwickelt, zwei Korrekturen:

Im Kollisionsfall mit speziellen Wertentscheidungen der verletzten Rechts- oder Sittennorm hat der Zweck der verletzten Norm Vorrang, und bei Kollision mit dem Ge-

353) Vgl. RG, aaO; Palandt-Heinrichs, aaO - beide Fußnote 47.

354) Vgl. Ingenstau-Korbion, aaO (Fußnote 47).

rechtheitsgebot ist das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit auf die Prämie der Rechts- oder Sittenwidrigkeit zu beschränken.

c. Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit im Schadensersatzrecht

Zu klären bleibt, welche Konsequenzen aus den für das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit anhand von § 817 Satz 2 BGB entwickelten Regeln für das Schadensersatzrecht zu ziehen sind.

Die Untersuchung am Beispiel des Bereicherungsrechts hat gezeigt: Das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit ist ein rechtsethischer Leitsatz, der wesentlichen Einschränkungen unterworfen ist und in seinem Kernbereich nicht schlechthin jeden Anspruch im Zusammenhang mit einem rechts- oder sittenwidrigen Verhalten trifft, sondern nur Ansprüche, welche die Prämie der Rechts- oder Sittenwidrigkeit eines bestimmten Verhaltens zum Gegenstand haben. Geht es nicht um diesen Kernbereich des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit, so kann das Verbot im Konfliktfall mit anderen Wertentscheidungen der Rechtsordnung nur schwache Geltungskraft beanspruchen.

Im Schadensrecht ist der Ausschluß des Ersatzes von entgangenem Gewinn, für dessen Realisierung ein rechtswidriges Verhalten des Geschädigten Voraussetzung gewesen wäre, ein Anwendungsfall des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit: Zwar regeln die §§ 249, 252 BGB generell die Zulassung von Ersatzansprüchen wegen entgangenen Gewinns. Die Rechtsordnung kann aber ohne Wertungswidersprüche nicht ein bestimmtes Handeln einerseits verbieten, andererseits aber die Liquidation des entgangenen Gewinns zulassen, den unmittelbar

zu erzielen dem Geschädigten untersagt war (vgl. oben Seite 35 ff.). Wenn in den Fällen, in denen ein verbotswidriges Geschäft teilweise vollzogen worden ist, eine Begrenzung des Verbots der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit auf diejenigen Leistungen notwendig wird, die zur Abgeltung der Verbotswidrigkeit des Geschäfts hingegeben worden sind - die Prämie der Unerlaubtheit - so ist diese Beschränkung ein Gebot der Austauschgerechtigkeit, die es nicht zuläßt, daß willkürliche und unverhältnismäßige Benachteiligungen einer Partei zum Vorteil des anderen Teils in Vollziehung eines verbotswidrigen Geschäfts entstehen. Dieses Gebot der Austauschgerechtigkeit kann aber keine Geltung haben, wenn es nicht um die Rückabwicklung von tatsächlich erbrachten Leistungen aufgrund eines verbotswidrigen Vertrages geht, sondern um die Beachtlichkeit eines bloß hypothetischen Verhaltens des Geschädigten. Eine Beschränkung des Ausschlusses von Ersatzansprüchen auf Sondervorteile, welche ein geplantes rechtswidriges Verhalten belohnen sollten, scheidet aus: Selbst wenn die Rechtsordnung einen vom Geschädigten geplanten Leistungsaustausch grundsätzlich anerkennt und nur bestimmte Modalitäten zur Verbotswidrigkeit führen - z.B. Rechtsberatung durch einen Unbefugten (Art. 1 § 1 RBMG) oder Wuchergeschäfte (§ 302 a StGB) - so ändert dies nichts daran, daß dem Geschädigten das Erwerbsverhalten so, wie er es durchgeführt hätte, verboten war. Dieses Verhalten hatte zu unterbleiben. In den Fällen des entgangenen Gewinns, der durch rechtswidriges Verhalten erzielt worden wäre, muß die Rechtsordnung den Geschädigten so stellen, wie er bei Unterlassen des verbotenen Verhaltens gestanden hätte; für ein durch das Schadensereignis verhindertes verbotswidriges Erwerbsverhalten ist damit jeder Rechtsschutz zu versagen.

Fraglich ist, ob dieses Ergebnis auch Geltung hat in den Fällen des entgangenen Gewinns, der durch ein sittenwidriges, aber nicht verbotenes Verhalten des Geschädigten erzielt worden wäre. Die Rechtsordnung mißbilligt zwar verbotenes und sittenwidriges Verhalten, jedoch handelt es sich um unterschiedliche Formen der Mißbilligung: Während das verbotene Verhalten nicht stattfinden darf, wird lediglich sittenwidriges, aber nicht verbotenes Verhalten von der Rechtsordnung hingenommen. Die Zulassung von Schadensersatzansprüchen wegen entgangenen Gewinns aus sittenwidrigem, aber nicht verbotenem Verhalten führt deshalb nicht ohne weiteres zu Wertungswidersprüchen (vgl. oben Seite 76 ff.). Einziges Prinzip, welches einem Ersatz von entgangenem Gewinn aus sittenwidrigem, aber nicht verbotenem Tun entgegensteht, ist das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit. Die schwache Wirkung dieses Prinzips war am Beispiel des § 817 Satz 2 BGB zu demonstrieren: Bei Abwägung mit dem Gerechtigkeitsgebot beschränkt sich die Geltungskraft auf den Kern des Prinzips - das Verbot, die Rechtsordnung zum Schutz von Sondervorteilen einzusetzen, die aus der Rechts- oder Sittenwidrigkeit eines Verhaltens resultieren. In den Fällen des entgangenen Gewinns aus sittenwidrigem, aber nicht verbotenem Verhalten ist das Prinzip vom Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit abzuwägen gegen das Gebot der §§ 249, 252 BGB, wonach der entgangene Gewinn zum ersatzfähigen Schaden gehört. Wertungswidersprüche wie beim Ersatz für entgangenen Gewinn aus verbotenem Tun können eine Rechtsschutzversagung nicht stützen. Die bloße Mißbilligung eines bestimmten, nicht verboten Verhaltens durch die Rechtsordnung rechtfertigt aber dann keinen vollen Ausschluß von Ersatzansprüchen, wenn sich diese Mißbilligung nicht gegen das geplante Erwerbsverhalten als solches richtet, sondern nur gegen bestimmte Modalitäten

eines beabsichtigten Leistungsaustausches - z.B. bei sittenwidrigen Verträgen über Miet-, Pacht-, Versorgungs- oder Anwaltsleistungen. Hier trifft das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit in seinem Kerngehalt die Liquidation von Sondervorteilen, welche aufgrund der Sittenwidrigkeit des Geschäfts dem Geschädigten zugeflossen wären. Im übrigen verlangen die §§ 249, 252 BGB, daß der Geschädigte den Ersatz eines entgangenen Gewinns erhält, der als solcher keine Mißbilligung verdient und dessen unmittelbare Erzielung ohne das schädigende Ereignis von der Rechtsprechung hinzunehmen gewesen wäre. Der Schadensersatzanspruch mindert sich um die Prämie der Sittenwidrigkeit. Die Höhe dieser Minderung bemißt sich nach der Mehrleistung, die der Geschädigte sich mit Rücksicht auf die Sittenwidrigkeit des Geschäfts versprechen ließ. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte handelt es sich um den Betrag, welcher den objektiven Marktwert der Leistung des Geschädigten übersteigt. Erst in den Fällen, in denen die Rechtsordnung den vom Geschädigten beabsichtigten Leistungsaustausch als solchen für sittenwidrig ansieht - z.B. Dirnenlohn³⁵⁵), Zuwendungen für Nichtteilnahme an sportlichem Wettkampf oder öffentlicher Ausschreibung - muß das Verbot der Berufung auf eigene Rechts- oder Sittenwidrigkeit jeden Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns ausschließen.

Ergebnis:

Der Geschädigte kann für einen entgangenen Gewinn, der durch sittenwidriges, aber nicht verbotenes Verhalten erzielt wäre, Ersatz verlangen, soweit der verhinderte Leistungsaustausch als solcher von der Rechtsordnung nicht mißbilligt wird; Sondervorteile, die gerade die Sittenwidrigkeit eines Geschäfts belohnen, sind nicht ersatzfähig.

355) Zur Problematik der Sittenwidrigkeit der Prostitution vgl. BGH, aaO; Rother, aaO - beide Fußnote 351.

LEBENS LAUF

- 5.8.1949 geboren als Sohn des Dipl.-Ing. Wilhelm Homburg
und seiner Ehefrau Christa in Ptuj/Jugoslawien
- 1953 Rückkehr der Familie nach Deutschland
- 1956 Besuch der Peter Vischer Schule, Dortmund,
später der Kerschensteiner Schule, Dortmund
- 1960 Besuch des Stadtgymnasiums Dortmund
- 1968 Abitur
- 1968 Studium der Rechts- und Wirtschaftswissen-
schaften an der Albertus Magnus Universität Köln
- 1971 Fortsetzung des Studiums an der Westfälischen
Wilhelms-Universität Münster
- 11.6.1974 Erstes juristisches Staatsexamen/Hamm (Westf.)
- 30.3.1977 Zweites juristisches Staatsexamen/Düsseldorf
- seit 1978 Rechtsanwalt beim Landgericht Wuppertal

